

THÈSE DE
PARIS,

1889

N^o. 75

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES

CONDITIONS IMPOSSIBLES, ILLICITES

OU

CONTRAIRES AUX MŒURS

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le
Mardi 26 Novembre 1889, à 2 heures et demie

PAR

GEORGES LEPELLETIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

(Droit civil : 2^e Mention 1884, et 2^e Mention 1885)

SAINT-QUENTIN

IMPRIMERIE J. MOUREAU ET FILS

1889

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES

CONDITIONS IMPOSSIBLES, ILLICITES

OU

CONTRAIRES AUX MŒURS

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le
Mardi 26 Novembre 1889, à 2 heures et demie

PAR

GEORGES LEPELLETIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

(Droit civil : 2^e Mention 1884, et 2^e Mention 1885)



SAINT-QUENTIN

IMPRIMERIE J. MOUREAU ET FILS

—
1889

PRÉSIDENT : M. COLMET DE SANTERRE, doyen.
SUFFRAGANTS : { MM. GARSONNET, professeur.
CAUWÈS, —
LE POITTEVIN, agrégé.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

MEIS ET AMICIS

DROIT ROMAIN

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

Une différence profonde sépare l'acte juridique pur et simple de l'acte conditionnel. Le premier engendre immédiatement un rapport de droit. Dans le second, la formation ou l'extinction de ce rapport reste en suspens ; l'on ne peut dire *ab initio* s'il se formera un lien juridique entre les parties ; tout dépend d'un élément extrinsèque : l'accomplissement ou la défaillance de la condition (1).

(1) Il n'est peut-être pas tout à fait exact de dire qu'aucun lien juridique n'existe entre les parties tant que la condition n'est pas accomplie. L'on sait, en effet, que les dettes conditionnelles sont comptées dans le calcul des quartes Falcidie, Légitime, Antonine et Pégasienne, et que le créancier conditionnel peut, d'autre part, recourir à des mesures conservatoires avant l'accomplissement de la condition. Il n'en est pas moins vrai que le créancier ne peut poursuivre son débiteur avant cette époque, de sorte que l'on peut dire, à ce point de vue, que le lien juridique n'existe pas encore.

Je suis ainsi amené à définir la condition : un événement futur et incertain auquel les parties subordonnent la formation ou l'extinction d'un rapport de droit.

Toutes les législations ont laissé aux parties la liberté la plus complète sur le choix des conditions qu'elles jugent à propos d'insérer dans les actes juridiques ; mais cette liberté trouve nécessairement une limite dans les prescriptions des lois physiques, des lois positives et des lois morales. Quelque respect que l'on professe pour la volonté des particuliers, on ne peut consacrer cette volonté lorsqu'elle s'insurge contre les règles d'ordre public que le législateur a édictées. Il en résulte que toute condition impossible, illicite, ou contraire aux mœurs, doit être rigoureusement proscrite.

Lorsqu'une semblable condition se trouvera insérée en fait dans un acte juridique, deux moyens s'offriront au législateur pour la frapper : la réputer non écrite, ou annuler l'opération tout entière.

Le second parti, outre qu'il atteint plus radicalement et par suite plus sûrement le but du législateur, semble plus conforme à la raison. La volonté des parties étant formellement subordonnée à l'accomplissement de la condition impossible, illicite, ou immorale, la nullité de celle-ci doit toujours avoir pour effet d'entraîner la nullité de l'acte qu'elle affecte.

Telle n'est pas la théorie romaine.

Le droit romain fait une distinction, étrange au premier abord, entre les actes entre vifs et les actes de dernière volonté ; la condition impossible, illicite ou immorale annule les premiers, elle est simplement réputée non écrite dans les seconds.

L'on a donné bien des raisons contradictoires de cette différence ; je me propose d'examiner les divers systèmes qui se sont fait jour sur ce difficile problème, et d'exposer ensuite l'explication que l'étude du caractère primitif de l'institution d'héritier m'a suggérée.

Pour le moment je dois me borner à faire une observation importante : je tiens pour certain que la règle que je viens d'exposer est, en ce qui concerne l'institution d'héritier, aussi ancienne que le droit romain. Quant aux legs, Gaius (III, 98) nous révèle l'existence d'une controverse célèbre qui divisa longtemps les Proculiens et les Sabinien. Les premiers leur appliquaient la même règle qu'aux actes entre vifs. Les seconds leur étendaient au contraire la règle de l'institution d'héritier et effaçaient purement et simplement la condition impossible ou illicite. Vers la fin de l'époque classique, l'opinion sabinienne l'emporta et fut même étendue peu à peu aux affranchissements et aux fidéicommiss (1).

Ces principes ne sont pas universellement admis. Beaucoup d'interprètes ont soutenu que la controverse

(1) Fr. 3, Dig., *De cond. et demonst.*, xxxv, 1.

n'était pas restreinte aux legs, mais qu'elle portait sur l'institution d'héritier elle-même.

Cette opinion est inadmissible en présence du texte de Gaïus qui ne parle que des legs. Ce texte n'est du reste pas le seul qui nous révèle la controverse des deux écoles ; de nombreux fragments y font allusion. Or, il est certain qu'aucun d'eux ne parle de l'institution d'héritier.

Je raisonnerai désormais en supposant admise l'opinion que je viens d'émettre.

Je diviserai ce travail en trois parties :

Dans la première, j'étudierai les caractères juridiques des conditions impossibles, illicites ou immorales.

Dans la deuxième, j'exposerai les effets de ces conditions dans les divers actes juridiques.

Enfin une troisième partie sera exclusivement consacrée à l'examen de quelques espèces particulières. Cette étude aura pour but de préciser la notion des conditions qui nous occupent et spécialement de la condition illicite dont les caractères sont parfois difficiles à reconnaître. Elle me fournira de plus l'occasion d'examiner rapidement quelques questions plus ou moins controversées que je ne saurais passer sous silence.

PREMIÈRE PARTIE

Définition des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs

CHAPITRE PREMIER

DES CONDITIONS IMPOSSIBLES

Paul, dans ses sentences, définit la condition impossible : « *Conditio quæ per rerum naturam admitti non potest* (1). » Si nous prenons cette définition à la lettre, il n'y aura d'impossibles que les conditions qui rencontrent dans les lois de la nature un obstacle insurmontable à leur accomplissement. Il y a cependant des conditions physiquement possibles dont l'esprit du jurisconsulte ne peut concevoir la réalisation. Telle serait la condition *si sororem tuam uxorem duxeris*. L'union de deux parents en alliés n'étant jamais qu'un simple *coïtus*, impuissant à donner le titre d'*uxor*, l'on peut dire, sans abus de langage, que la condition dont il s'agit est impossible.

(1) Sent. l, III, tit. iv, b. l.

Je suis ainsi amené à distinguer, contrairement au texte de Paul, et dans un intérêt de clarté, l'impossibilité physique et l'impossibilité juridique.

SECTION PREMIÈRE

Des conditions physiquement impossibles

L'impossibilité physique a été définie avec beaucoup de netteté et de force par Justinien, dans ses Institutes, (III, 19): « *Impossibilis conditio habetur, cui natura impedimento est quominus existat, veluti si quis ita dixerit: si digito cælum attigero, dare spondes?* »

Il résulte de cette définition que les conditions physiquement impossibles sont celles qui sont contraires aux lois de la nature. Ce caractère même nous montre clairement que ces modalités ne sont pas, à proprement parler, des conditions. Il leur manque, en effet, un élément essentiel de la condition: l'incertitude. Lorsque je lègue cent à Titius, s'il touche le ciel avec le doigt, il est bien certain dès maintenant que le fait mis *in conditione* ne se réalisera jamais. Ce n'est donc, comme le dit M. Accarias, « que par abus de langage et faute d'une expression adéquate à l'idée qu'on parle de conditions impossibles » (1).

Il est une autre modalité qui se rapproche beaucoup

(1) Précis, 4^e éd., t. II, p. 533.

de la condition impossible, mais qui ne se confond pas avec elle. Je veux parler de la condition nécessaire que l'on appelle aussi impossible négative. Justinien nous en donne l'exemple suivant : « *Si digito cælum non attigero, dare spondes* (1) ? » Comme la condition impossible elle ne présente aucun caractère d'incertitude ; elle n'est donc pas une condition au sens propre du mot. La terminologie des textes s'explique aisément néanmoins si l'on songe que, pour exprimer ces modalités, les parties se servent ordinairement de la forme conditionnelle.

La condition nécessaire est sans effet, il est à peine besoin de le dire, sur les actes juridiques. Comme elle implique un événement dont la réalisation est certaine, elle ne fait que confirmer l'acte dont elle dépend.

Cette simple observation me dispense d'en parler désormais. Si j'en ai mentionnée, c'est qu'il faut se mettre en garde contre la confusion que l'on pourrait faire en la traitant comme une condition impossible.

L'impossibilité physique peut être absolue ou relative.

Les conditions absolument impossibles, qui se rencontrent très rarement dans la pratique, ne soulèvent aucune difficulté sérieuse. Il n'en est pas de même des conditions dont l'impossibilité est partielle ou relative. Il me faut en dire quelques mots.

(1) *Loc. cit.*

Il suffit de lire un texte bien connu d'Ulpien, le fragment 6, *De cond. instil*, XXVIII, 7, pour se rendre compte de la nature de l'impossibilité partielle, que l'on appelle aussi parfois impossibilité de fait.

Le jurisconsulte prévoit l'hypothèse où un testateur a institué son héritier sous la condition *si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset*. Élever un tombeau est chose parfaitement possible en soi, mais le délai imparti par le disposant est tel que la condition ne peut s'accomplir dans les termes du testament. En réalité, nous sommes en présence d'une condition absolument impossible, car l'on ne peut, sans dénaturer la volonté du testateur, décider que l'institué sera tenu d'accomplir la condition dans ce qu'elle a de possible en effaçant simplement ce qui en empêche l'exécution. Ainsi, dans l'espèce prévue par Ulpien, l'on ne pourrait décider que l'héritier sera tenu d'élever un tombeau le plus vite possible, modifiant ainsi l'obligation imposée dans le testament pour en permettre l'accomplissement. La décision d'Ulpien qui assimile complètement l'impossibilité partielle à l'impossibilité absolue est donc, en principe, parfaitement rationnelle. Des auteurs ont cependant affirmé que le texte d'Ulpien ne devait pas être entendu dans le sens que je lui prête, et que l'on doit simplement réputer non écrite, comme impossible, la partie de la condition relative au délai.

Je ne m'arrêterai pas à discuter cette opinion qui ne

peut prévaloir contre le texte parfaitement clair que j'ai cité. Mais je crois qu'il ne faut pas, d'autre part, exagérer la portée du fragment et appliquer d'une manière absolue la règle qu'il contient. Un texte, sur lequel j'aurai occasion de revenir, m'engage à apporter au principe le tempérament suivant : Avant d'effacer la condition, il faudra rechercher quelle a été la véritable intention du testateur, et interpréter largement sa volonté. La solution donnée par Ulpien ne doit donc recevoir son application que dans les cas où elle ne semblera pas en contradiction avec la pensée du disposant.

C'est ce qui me paraît résulter du fragment 19, pr. *De cond. et demonst.*, XXXV, 1, d'où se dégage la règle qu'il faut avant tout consulter l'intention du testateur quand on recherche si la condition doit être réputée accomplie ou défaillie. C'est dire qu'en dehors du testament, cette interprétation libérale ne saurait être admise.

Dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, le caractère relatif de l'impossibilité tient à la nature du fait que la condition prévoit.

Il est un autre cas d'impossibilité relative où ce caractère dépend de la personne à qui la condition est imposée.

Je citerai, pour employer l'exemple classique, le cas où je vous institue mon héritier, si vous faites un tableau, alors que vous ignorez les premiers éléments de la peinture. La condition de faire un tableau est assu-

rément possible en soi ; si elle ne peut s'accomplir dans l'espèce, cela tient uniquement à un fait accidentel, l'inhabilité de l'héritier.

Le fragment 137, § 5, *de verborum obligationibus* (1) décide qu'une telle condition n'est pas réputée impossible et ne vicie pas la stipulation qu'elle affecte.

L'on peut rattacher à l'impossibilité relative une autre classe de conditions dont les textes s'occupent fréquemment : ce sont les *falsæ conditiones*. Il y a *falsa conditio* lorsque la condition, possible en soi, ne peut s'accomplir parce qu'elle dépend d'un autre fait dont l'inexistence est inconnue des parties. Le fragment 72, § 7 *De cond., et demonst.*, XXXV, 1, nous en donne un exemple très topique : « *Pamphilus, si quod Titio debeo solverit, liber esto, si modo nihil Titio fuit debitum.* »

Payer la dette d'autrui est une chose parfaitement possible en soi, mais qui dépend nécessairement d'un fait extrinsèque : la réalité de la dette. S'il n'est rien dû, comme dans l'espèce du fragment, la condition devient impossible à remplir, c'est une *falsa conditio*.

Cette modalité produit en général les effets de la condition impossible proprement dite avec laquelle elle a une grande analogie. Je dois seulement signaler ici une particularité : lorsque le fait extrinsèque dont

(1) Dig., l. XLV, 1.

dépend la condition ne vient à disparaître que postérieurement à la passation de l'acte conditionnel, la condition ayant été possible à l'origine, on la considère comme défaillie (1).

Je ne saurais passer sous silence une catégorie de conditions dont les textes nous offrent des exemples assez nombreux. Je veux parler des conditions logiquement impossibles.

Il y a impossibilité logique lorsque la condition implique contradiction.

Le fragment 16, *De condit. instit.*, XXVIII, 7, nous en donne un exemple fort simple: « *Si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto.* »

Il ne faudrait pas conclure de ce texte que les conditions contradictoires ne sont pas de nature à revêtir une forme pratique. Le fragment 39, *De man. test.*, XL, 4, prévoit au contraire une hypothèse susceptible de se rencontrer fréquemment en matière de testament: « *Stichus servus meus, si eum heres alienaverit, liber esto.* »

La condition est contradictoire parce que la liberté est, dans l'espèce, conférée à l'esclave *directo*, et que d'autre part la condition suppose que l'héritier l'aliénera; la formule employée par le testateur ayant eu pour effet d'affranchir l'esclave au moment du décès, l'aliénation imposée à l'héritier devient impossible. Il

(1) Dig. 23, § 2, *Ad legem aquil.*, IX, 1.

y a donc une contradiction manifeste entre le legs et la condition.

Les conditions contradictoires, que les textes appellent *perplexæ*, annulent, contrairement aux conditions impossibles ordinaires, les dispositions de dernière volonté comme les actes entre vifs. Le motif en est facile à saisir : une semblable modalité est inconciliable avec l'intention libérale qui est la cause même de toute disposition testamentaire.

J'en aurais fini avec l'impossibilité physique si je ne croyais pas utile de dire deux mots de l'extrême difficulté.

Il faut distinguer soigneusement la condition très difficile de la condition impossible. Il est certain que la seconde ne se réalisera pas, tandis que l'on peut prévoir l'accomplissement de la première. Je n'hésite pas à décider, en conséquence, que la condition très difficile doit être assimilée à une condition ordinaire, car il est presque certain que le testateur ou les contractants ont prévu la difficulté d'exécution.

SECTION II

De l'impossibilité juridique

J'ai déjà eu occasion de donner un exemple de condition juridiquement impossible (1) ; il me faut maintenant préciser la notion de cette impossibilité et sur-

(1) *Suprà*, page 1.

tout mettre en lumière la différence profonde qui sépare la condition juridiquement impossible de la condition illicite.

La condition juridiquement impossible est celle qui trouve dans la loi positive un obstacle perpétuel et absolu à son accomplissement. Pour qu'un acte juridique soit valable, il faut qu'il réunisse tous les éléments requis par la loi. Si donc la condition exclut l'un de ces éléments, l'acte dont elle dépend ne peut avoir une existence légale. Ainsi lorsque je stipule cent de Titius, *si uxorem suam uxorem duxerit*, je prévois une situation juridique, — le mariage de deux parents, — qui ne peut exister.

Bien différente est la condition illicite. Celle-ci contrarie simplement la loi, mais peut en fait s'accomplir. Telle sera la condition : *si homicidium feceris*.

Cette distinction, que les jurisconsultes romains semblent ne pas avoir nettement aperçue, n'est pas dénuée d'intérêt pratique.

Remarquons en effet que la condition illicite ne peut jamais devenir licite sans un changement de législation qui vient abroger la disposition légale qu'elle contre-disait, tandis que la condition juridiquement impossible peut, dans certains cas, devenir possible sans qu'il soit besoin de supposer une modification dans la loi positive. Un exemple que les textes me fournissent fera bien saisir ma pensée : Le legs fait à une femme esclave d'autrui, *quum nupserit*, dépend d'une condition juridique-

ment impossible, puisque l'esclave ne peut contracter de justes noces ; mais l'on peut concevoir l'hypothèse où un affranchissement rendra la condition possible, indépendamment de toute modification dans la législation. Si nous recherchons maintenant l'intérêt pratique de cette observation, nous voyons que la condition juridiquement impossible dont nous venons de parler est traitée, dans le testament, comme une condition ordinaire (1).

Je suis ainsi amené à poser la règle suivante : Avant d'annuler la condition juridiquement impossible qui affecte une disposition testamentaire, il faut rechercher si des circonstances particulières ne peuvent rendre possible le fait qu'elle prévoit.

Il est évident que l'on ne peut appliquer cette règle aux conditions contraires aux lois. Ces modalités ne peuvent perdre leur caractère illicite qu'en vertu d'un changement de législation.

Observons en passant que le texte que je viens d'analyser fait une application curieuse du principe posé dans le fragment 79, pr. *De cond. et dem.*, XXXV, 1. Il faut, nous dit Ulpien, rechercher avant tout l'intention du testateur. Or, dans notre espèce, il est rationnel de présumer que le disposant s'est référé uniquement à l'hypothèse où un affranchissement rendra la condition possible.

(1) Pomponius, fr. 58, Dig., *De Cond. et Demonstr.*, xxxv, 1.

Cette interprétation de la volonté du testateur est tellement conforme à la raison, que j'incline à penser qu'on ne doit pas la restreindre aux actes de dernière volonté. La règle posée dans le fragment 80, *De verborum oblig.*, XLV, 1, m'autorise au contraire à étendre la règle à tous les actes juridiques.

Si l'on admet cette manière de voir, l'intérêt de la distinction devient considérable.

J'ai fait pressentir que si la condition juridiquement impossible est telle qu'elle ne puisse devenir possible qu'en vertu d'un changement de législation, elle est assimilée, au point de vue de ses effets, à la condition illicite. C'est ce qui résulte d'un texte de Venuleius, le fragment 137, § 6, *De verb. oblig.*, XLV, 1, dont je détache le passage suivant : « *Nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id, quod nunc possibile est postea possibile fieri; non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum præsentis æstimari debet stipulatio.* »

Je ne puis abandonner l'étude des conditions impossibles sans faire observer que ces modalités sont de nature à affecter rarement les actes juridiques. Si les textes nous en donnent des exemples, c'est afin de faire bien saisir la théorie du droit romain à leur égard.

Il n'en est pas de même des conditions illicites et immorales que l'on rencontre fréquemment dans la pratique, et dont l'examen devra, par suite, nous retenir plus longtemps.

CHAPITRE II

DES CONDITIONS ILLICITES

Les interprètes ont coutume d'assimiler les conditions illicites aux conditions contraires aux mœurs. Je ne suivrai pas cette méthode qui est de nature à jeter une certaine confusion dans l'esprit. Les conditions illicites se distinguent nettement, à mon sens, des conditions immorales; je crois donc plus logique de leur consacrer deux chapitres distincts, en m'efforçant de mettre en relief les différences qui les séparent.

Une condition est illicite lorsqu'elle fait échec à une disposition légale qui intéresse l'ordre public : telle est la notion générale qui caractérise ces conditions. Il s'agit maintenant de préciser cette notion vague et de rechercher dans quels cas une condition se trouvera en contradiction avec une règle d'ordre public.

Un principe certain domine toute cette matière : c'est qu'une condition casuelle ne sera jamais illicite, pour la raison fort simple qu'une telle condition ne peut jamais faire échec à la loi. La condition casuelle se borne en effet à prévoir un fait sans en provoquer en aucune façon l'accomplissement; or, cette attitude passive devant le fait qu'elle prévoit la rend absolument inoffensive, car il est de toute évidence qu'elle ne peut

porter atteinte aux prescriptions de la loi qu'en provoquant de la part de celui à qui on l'impose l'accomplissement d'un fait contraire à ces prescriptions.

J'arrive ainsi à cette conclusion certaine que toute condition illicite est essentiellement *potestative*, et qu'elle impose à une personne déterminée l'accomplissement d'un fait.

Reste à préciser les cas où le fait imposé sera tel que la loi ne puisse, sans danger, valider la condition qui a pour but d'en amener la réalisation.

Le caractère illicite d'une condition ne peut dépendre que de deux choses : ou de la nature du fait qu'elle impose, — ou de l'intention de son auteur. On chercherait vainement un troisième terme auquel il fut possible de le rattacher.

Ceci posé, voyons tout d'abord si le caractère licite ou illicite du fait imposé peut exercer une influence sur le caractère de la condition elle-même. Nul doute que l'ordre public ne soit intéressé à ce que l'exercice de certains droits ne rencontre aucune entrave dans les actes juridiques qui interviennent entre les particuliers. C'est ainsi qu'il est de toute évidence que la Société se trouve directement intéressée à ce que les membres qui la composent ne soient pas détournés du mariage par le jeu de la condition. Or, rien n'est plus facile que de faire naître, dans la personne de celui à qui une condition potestative est imposée, un intérêt sérieux à ne pas contracter mariage. Tel sera l'effet de

la condition suivante : je vous lègue mille sesterces si vous ne vous mariez pas. Nul doute, si l'on valide cette condition que la liberté du légataire se trouvera gravement atteinte et que l'intérêt qu'il a à l'accomplissement de la condition ne soit de nature à le détourner du mariage. Cette condition est donc manifestement contraire à l'ordre public et doit être annulée. Et cependant le fait qu'elle impose au gratifié n'est certainement pas illicite, car toute personne est absolument libre de garder le célibat ! La conclusion s'impose : le caractère licite ou illicite du fait qu'une condition potestative tend à provoquer ne peut exercer aucune influence sur le caractère de cette condition ; c'est donc de l'intention de son auteur qu'elle tiendra son caractère illicite.

Il s'agit maintenant de préciser les cas où l'intention de l'auteur de la condition devra être réputée illicite.

D'une manière générale, cette intention sera telle lorsqu'elle aura pour but de faire échec à une disposition d'ordre public. Or ce but peut être atteint de deux manières : ou la condition tend à provoquer un fait illicite, un délit par exemple, et alors le caractère illicite de l'intention qui la dicte saute aux yeux ; — ou le fait prévu est licite en lui-même mais implique une restriction à l'exercice d'un droit dans le cas où la Société a un intérêt majeur à ce que ce droit soit exercé en toute liberté. Dans cette dernière hypothèse,

le caractère illicite de l'intention de l'auteur de la condition n'est pas moins certain.

Je suis donc amené à définir la condition illicite : « une condition potestative destinée, dans l'intention de son auteur, à provoquer un fait illicite ou à restreindre le libre exercice d'un droit qui intéresse l'ordre public ».

Cette définition cadre parfaitement avec les textes. Les jurisconsultes réputent illicites les conditions qui restreignent l'exercice des droits essentiels de l'homme, tel que le droit de se marier ou de rester célibataire à son gré (1), ou de divorcer (2), et à l'inverse, valident les conditions qui, tout en se référant à des faits illicites, ne tendent pas à les provoquer (3). Quant aux conditions qui imposent un fait illicite, nul doute qu'elles ne soient invariablement annulées (4).

Je dois maintenant signaler une différence profonde et essentielle qui sépare les conditions qui tendent à provoquer un fait illicite, d'une part, et les conditions qui tendent à restreindre l'exercice d'un droit, d'autre part. Celles-ci sont invariablement illicites quand le droit auquel elles portent atteinte touche à l'ordre public, quel que soit le but final poursuivi par les parties, fût-il moralement bon. Il suffit en effet, pour que la

(1) Fr. 100, Dig., *De cond. et demonst.*, XXXV, 1.

(2) Fr. 5, C. *De instit. et substit.*, VI, 25.

(3) Fr. 121, § 1, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

(4) Paul, *Sentences*, III, 4, B. 2.

condition soit annulée, que l'intention *immédiate* de son auteur ait été de porter atteinte à l'exercice d'un droit essentiel, alors même que cette atteinte aurait pour mobile une intention très louable aux yeux de la morale. Un exemple le fera sentir : Je suppose qu'un testateur soucieux de la dignité de son héritier qui a épousé une *persona turpis* l'institue sous cette condition : « s'il répudie son conjoint indigne ». Il serait difficile de contester que le but final du disposant ne soit en conformité parfaite avec les lois de l'honneur, puisque l'institué ne peut, par hypothèse, rester engagé dans les liens du mariage sans compromettre sa dignité. Devrons-nous, par égard pour le but éminemment moral que l'auteur de la condition poursuivait, valider la clause du testament qui impose le divorce à l'institué ? Assurément non. L'intention immédiate du testateur a été de restreindre la liberté de l'institué dans une de ses manifestations essentielles ; elle fait donc échec à la loi protectrice de cette liberté : elle est illicite (1).

Il en va tout autrement de la condition qui tend à provoquer un fait illicite. Ici, il n'y a plus à distinguer entre le but immédiat et le but final que poursuit son auteur. Le fait que la condition impose étant illicite en lui-même, l'on ne peut plus dire que l'intention finale qui la dicte a été moralement bonne ; car, si l'on peut

(1) Cf. fr. 8, § 1, Dig., *De usu et hab.*, VII, 8 et L. 5, C. *De inst. et subst.*, VI.

concevoir telle hypothèse où l'intention de provoquer un fait *licite* peut se justifier aux yeux de la conscience, il est de toute évidence que le mobile qui pousse un particulier à provoquer un fait *illicite* est toujours répréhensible.

L'intérêt pratique de cette différence, que j'ai notée entre les deux grandes classes de conditions illicites, apparaîtra dans le chapitre suivant lorsque je m'occuperai des conditions contraires aux mœurs, à l'étude desquelles je suis arrivé.

CHAPITRE III

DES CONDITIONS CONTRAIRES AUX MŒURS

Comme les conditions illicites, les conditions contraires aux mœurs sont potestatives et ont pour but de provoquer l'accomplissement d'un fait. Mais ce caractère commun n'empêche pas que la condition immorale ne diffère profondément de la condition illicite.

Je note tout d'abord que le fait qu'elle tend à provoquer est toujours réprouvé par les mœurs; car il est impossible de concevoir une condition immorale tendant à provoquer un fait conforme aux mœurs, comme l'on conçoit une condition illicite tendant à provoquer un fait licite.

Je relève en second lieu, entre les deux sortes de con-

ditions, cette différence essentielle que les règles qu'elles ont pour but d'enfreindre n'appartiennent pas au même ordre d'idées. Ici c'est la loi, avec ses prescriptions parfois arbitraires, qu'il s'agit de sauvegarder contre les attaques des particuliers; là, ce sont simplement les préceptes de la morale que la loi ne permet pas d'enfreindre.

Ces notions générales m'amènent à la définition suivante : « La condition contraire aux mœurs est celle qui tend à provoquer un fait que la morale réprouve. »

Il convient de faire observer que les conditions immorales se rapprochent beaucoup des conditions illicites qui tendent à provoquer un fait contraire à la loi. Elles ont en effet entre elles ce point de contact remarquable qu'elles imposent toutes un fait qui porte directement atteinte aux prescriptions qu'il s'agit de défendre.

Par contre, je relève, entre les conditions immorales d'une part, et les conditions illicites qui tendent à restreindre l'exercice d'un droit d'autre part, la même différence que j'ai notée dans le chapitre précédent entre les deux classes de conditions illicites. On se souvient que le but final d'une condition qui tend à restreindre l'exercice d'un droit peut avoir été moralement bon, tandis que toute condition qui tend à amener l'accomplissement d'un fait illicite ne peut avoir eu pour mobile un sentiment louable (1). C'est ce qui a lieu

(1) *Suprà*, chap. II, p. 15 et suiv.

dans l'hypothèse d'une condition contraire aux mœurs. Celle-ci tend évidemment à un but inavouable puisqu'elle impose un fait directement contraire aux lois de l'honnêteté.

L'importance pratique de cette différence toute théorique entre certaines conditions illicites et les conditions immorales est considérable, car elle me servira à réfuter une théorie moderne qu'il me faut exposer brièvement.

A côté des conditions contraires aux mœurs, il y a des conditions conformes aux mœurs. Si nous supposons un acte juridique affecté d'une telle condition, il faudra, si nous adoptons cette théorie, le déclarer valable à priori, alors même que le but immédiat des contractants serait de porter atteinte à l'un de ces droits inaliénables dont la loi positive protège le libre exercice. Ce vice est, dans ce cas « compensé par une certaine qualité qui est de répondre à des intérêts moraux (1) ». En un mot, la condition conforme aux mœurs est, dans cette opinion, toujours licite en vertu d'un véritable privilège.

Ce système qui, dans la pensée de son auteur, se dégage du caractère même de la condition conforme aux mœurs, et que j'aurai à examiner plus tard au point de vue du droit moderne, doit nous arrêter dès maintenant. Il y a lieu de nous demander si, à Rome, tout

(1) BARTIN, *Théorie des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs*, p. 244.

acte juridique conforme aux mœurs est, par cela seul, invariablement licite.

Mes précédents développements me dispenseront d'insister longuement sur cette question. Il est certain tout d'abord, quoique l'auteur du système que je combats ne se soit pas expliqué sur ce point, que la condition qui tend à provoquer un fait illicite doit être écartée du débat, car outre qu'il est impossible qu'une telle condition soit en même temps conforme aux mœurs, il est de toute évidence que la loi ne peut jamais valider une condition qui la contrarie directement. Même ainsi limitée, l'opinion de M. Bartin ne me paraît pas admissible en droit romain. J'ai en effet démontré que des textes précis (1) annulent la condition illicite sans rechercher le but final poursuivi par son auteur. N'est-il pas évident d'ailleurs que l'on peut toujours supposer des circonstances particulières qui justifieront, aux yeux de la morale, toute condition ayant pour but de restreindre l'exercice d'un droit? L'exemple du divorce m'a fourni une espèce très topique sur laquelle je crois inutile de revenir (2).

Je dois seulement examiner une objection qui peut paraître concluante au premier abord : Le droit romain valide la condition *si heres mea Titio nupserit*, pourvu

(1) Dig. Fr. 8, § 1, *De usu et hab.*, VII, 8; L. 5, C. *De inst. et subst.*, VI, 25.

(2) *Suprà*, p. 16.

que *honeste Titio possit nubere* (1). Cette condition est à coup sûr restrictive de la liberté puisqu'elle empêche le mariage avec tout autre que la personne désignée ; à ce titre, elle devrait être réputée illicite. N'est-on pas bien fondé dès lors à voir dans son caractère moral une qualité spéciale qui vient compenser le vice dont elle était infectée ?

Assurément non. — Si la condition que prévoit le texte de Gaius est validée, c'est qu'elle est en harmonie parfaite avec l'esprit même de la loi. Les lois *Julia* et *Papia Poppæa* dont le fragment 63 est un commentaire, ont essentiellement pour but de pousser les citoyens au mariage ; or la clause qui nous occupe est de nature à déterminer le gratifié à renoncer au célibat qu'il n'eût peut-être jamais abandonné s'il n'y avait pas été engagé par la libéralité du disposant. Elle est donc absolument conforme à l'esprit des lois toutes spéciales que je viens de rappeler, et c'est pour ce motif que le jurisconsulte la valide.

Je suis ainsi amené à rejeter absolument le système que je viens d'exposer et que son auteur n'a, du reste, jamais examiné en droit romain.

Je résumerai en deux mots les observations que j'ai présentées sur la différence qui sépare les conditions immorales des conditions illicites tendant à restreindre l'exercice d'un droit : celles-ci peuvent ne pas être ré-

(1) Dig. Fr. 63, § 1, *De cond. et demonstr.*, xxxv, 1.

prouvées par la conscience ; bien plus, elles peuvent tendre à un but essentiellement louable. Tandis que celles-là sont, par définition même, toujours condamnées par les bonnes mœurs.

Il est à peine besoin de faire observer qu'il arrivera fréquemment qu'une condition sera à la fois illicite et contraire aux mœurs. Un texte des Sentences de Paul (III, 4, B. 2) qui prévoit la condition *si homicidium feceris*, nous en offre un exemple frappant. La condition est illicite puisqu'elle provoque à un crime que la loi positive punit d'une peine. Elle est immorale puisque le meurtre est réprouvé par la conscience.

Remarquons que c'est dans cette hypothèse que la tâche du juge chargé d'apprécier la condition sera la plus facile. Il n'éprouvera au reste d'embarras sérieux qu'en présence des conditions qui sont à la fois illicites et conformes aux bonnes mœurs.

DEUXIÈME PARTIE

De l'effet des conditions impossibles, illicites ou immorales

Les effets généraux des conditions impossibles ou illicites nous sont déjà connus (1). Réputées non écrites dans les actes de dernière volonté, ces modalités annulent les actes entre vifs.

Le moment est venu d'exposer les explications nombreuses que l'on a proposées pour expliquer cette décision et de faire connaître mon sentiment personnel sur cette difficile question. Tel sera l'objet de notre premier chapitre.

CHAPITRE PREMIER

ÉTUDE DES DIVERS SYSTÈMES PROPOSÉS POUR EXPLIQUER LA THÉORIE ROMAINE

I. — J'exposerai en premier lieu un système fort ingénieux, mais qui ne rend aucun compte de la différence

(1) *Suprà*, p. III.

profonde qui sépare l'acte entre vifs du testament au point de vue qui nous occupe.

Cette opinion raisonne de la manière suivante : Lorsqu'une institution d'héritier ou un legs sont subordonnés à une condition de faire et que l'héritier ou le légataire n'ont rien à s'imputer quant à l'inaccomplissement de cette condition, le système des Sabinien consiste « à ne pas imputer à grief au bénéficiaire l'inexécution de la condition de faire (1) ». Or il est bien évident que l'on ne peut reprocher à l'héritier ou au légataire l'inexécution d'une condition impossible ou illicite. En réputant ces modalités non écrites dans les testaments, les Sabinien ne faisaient donc qu'appliquer une théorie générale de leur école que les textes nous révèlent (2).

Ce système trouve une base solide, semble-t-il, dans le fragment 54, § 2, *De leg.* (3) « 1° *Sed et si servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisisses : nihilominus debetur tibi legatum : quia per te non stetit quominus perveniat ad libertatem.* »

Le jurisconsulte semble bien poser en règle générale que la condition est réputée accomplie chaque fois que *per heredem non stetit quominus impleretur conditio*.

Néanmoins, cette explication est inadmissible.

(1) MASSOL, *Thèse*, p. 34.

(2) Ce raisonnement s'applique aussi bien à l'institution d'héritier qu'aux legs. M. Massol adopte, en effet, l'opinion que j'ai exposée et réfutée (*suprà*, page IV) et qui étend à l'institution d'héritier la controverse des deux écoles.

(3) Dig., liv. XXX.

Tout d'abord le principe sur lequel elle s'appuie est très contestable. De nombreux textes (Dig. 19, pr. *De cond. et dem.*, XXXV, 1, 20, § 3, et 39, § 4, *De statulib.* XL, 7,) supposent une règle absolument contraire à celle que le fragment rapporté de Pomponius semble établir. Je pense donc, avec M. Bufnoir, qu'il s'agit dans la loi 54 d'un *modus* et non d'une condition.

Je ne saurais mieux faire, au reste, que de rapporter les paroles de l'éminent professeur : « A examiner la » question d'après les principes, la question ne saurait » être tenue pour accomplie, par cela seul que le légataire à qui elle est imposée a fait tous ses efforts pour » l'accomplir : la condition n'est pas une obligation » dont on soit libéré quand un cas fortuit en rend » l'exécution impossible. En cela elle diffère du *modus*, » sorte de charge imposée à une disposition d'ailleurs » pure et simple, charge qui n'oblige que dans la mesure d'une obligation ordinaire, et qui s'éteint de » même. Toute autre est la condition dont l'accomplissement, abandonné toujours pour une part plus ou » moins grande au hasard, est le préalable indispensable de la naissance du droit : on ne doit pas s'étonner de voir l'élément casuel y jouer son rôle, et » décider souverainement, au besoin, la défaillance de » la condition (1). »

Ce qui a égaré mes adversaires, c'est que le droit

(1) *Théorie de la condition*, p. 86.

romain réputait accomplie la condition de faire imposée dans l'intérêt d'un tiers et exigeant son concours, quand, par son refus, ce tiers en empêchait l'accomplissement.

« On partait de l'idée, — dit M. Bufnoir, — que le » testateur ayant eu pour but l'intérêt du tiers au pro- » fit de qui la condition avait été imposée, ce but était » suffisamment rempli dès qu'il refusait d'en profiter (1). »

Je n'ajouterai rien à la réfutation présentée par l'éminent jurisconsulte que je viens de citer. L'opinion que je combats ne saurait, au reste, nous arrêter davantage. Supposons un instant qu'elle soit l'expression de la vérité, nous nous trouverons en présence d'un nouveau problème aussi insoluble que le premier, car les motifs invoqués par mes adversaires n'ont rien de spécial au testament, et leur raisonnement, s'il est exact, s'applique avec la même force aux actes entre vifs. Cette simple observation me dispense d'insister davantage. Ce premier système ne nous fait faire aucun pas vers la solution de la difficulté.

II. — Une autre opinion, qui compte de nombreux partisans, a cru trouver cette solution dans la considération suivante. Dans les actes entre vifs, chaque partie a accepté la condition, et ne peut, par suite, se plaindre de l'annulation d'un acte qu'elle a contribué

(1) *Loc. cit.*, p. 83.

à rendre impossible ou illicite. Bien différente est la situation de l'institué. Il n'a pas concouru à la confection du testament; il est absolument étranger à l'insertion de la condition; on ne peut donc, sans une injustice criante, le faire souffrir de la nullité de cette condition en le privant du bénéfice de sa vocation héréditaire.

Cette opinion a tout d'abord l'inconvénient de laisser sans explication la théorie proculienne qui assimilait le legs à l'acte entre vifs. Le légataire étant étranger, comme l'institué, à l'insertion de la condition, il n'y a aucune raison de distinguer entre eux.

Je pense de plus que cette opinion méconnaît un principe certain : c'est que l'héritier, par l'addition, s'approprie en quelque sorte la volonté du testateur. Dès que l'addition est intervenue, l'on ne peut plus dire que l'institué est étranger à la condition : il l'a formellement acceptée en se portant héritier.

En admettant même que l'explication proposée ne soulevât pas cette objection, elle ne suffirait pas, à mon sens, pour justifier la règle romaine. Il ne s'agit pas, en effet, comme le dit fort bien M. Bufnoir, « d'éviter une perte à l'institué, mais bien de lui assurer un bénéfice; et les privilèges de la bonne foi ne peuvent aller jusque-là (1). »

Je ferai observer enfin qu'il y a une véritable contradiction à assurer le bénéfice de la disposition à l'in-

(1) *Loc. cit.*, p. 38, note.

stitué par le seul motif qu'il n'a pas participé à l'insertion de la condition impossible ou illicite, alors qu'on en prive, par cela même une autre personne, l'héritier légitime, dont la conduite a été tout aussi correcte que la sienne.

III. — Le moment est venu d'exposer une opinion dont la réfutation m'arrêtera quelque temps. Je veux parler de la théorie que M. Martin a publiée il y a deux ans, et qui est venu jeter un jour tout nouveau sur le difficile problème dont nous recherchons la solution.

M. Martin pose en principe que « les Romains ne » concevaient pas la disposition testamentaire sans » l'existence de l'intention libérale chez le défunt : mais » qu'il suffisait que cette intention libérale existât sous » une forme abstraite pour entraîner la validité de la » disposition (1) »; et l'auteur, développant ces deux idées, en démontre l'exactitude incontestable par une série d'exemples parfaitement choisis.

« Nous pouvons maintenant comprendre; ajoute » l'éminent jurisconsulte, pourquoi les conditions illi- » cites n'altèrent pas l'institution qu'elles affectent. » Dans une institution semblable, on a devant soi deux » éléments : l'un, qui résulte nécessairement de l'exis- » tence du testament, c'est l'intention libérale; l'autre,

(1) *Théorie des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs*, page 277.

» que le testateur a joint accidentellement à un acte
» d'ailleurs valable, c'est la condition impossible ou
» illicite. — Celle-ci, la loi la méconnaît et l'annule :
» elle n'a pas de valeur légale, soit parce qu'elle im-
» plique un ordre de faits imaginaires, soit parce qu'elle
» contrarie la loi même dont elle réclame la protection.
» — Elle ne peut donc exercer aucune influence sur
» l'intention libérale qui ressort du testament, et qui
» suffit à en maintenir l'effet (1). » Plus loin, l'auteur
développant la même pensée, écrit : « Pour que la condi-
» tion annule le testament, il faudrait qu'elle entraî-
» en fait l'absolue négation de l'intention libérale chez
» le disposant. Mais alors, la nullité qui frapperait
» l'institution ne tiendrait pas à la condition illicite
» comme telle, mais plutôt à l'existence d'un fait incon-
» ciliable avec l'idée essentielle qui doit présider à la
» confection du testament (2). »

Cette explication, quelque ingénieuse qu'elle soit, ne saurait me satisfaire.

Je pense, avec M. Martin, que l'on doit séparer soigneusement dans le testament, l'institution de la condition ; j'admets également sans hésiter le principe de l'intention libérale qu'il a si merveilleusement développé. Mais il s'agit de découvrir l'idée qui amena les jurisconsultes à isoler ainsi l'intention libérale de la condition illicite, et la théorie de M. Martin ne nous

(1) MARTIN, *op. cit.*, p. 282.

(2) *Op. cit.*, p. 284.

éclaircisse rien sur ce point. Sans l'intention libérale, le testament ne peut exister ; si donc le testateur a subordonné sa volonté à la réalisation d'une condition impossible ou illicite, cette intention libérale disparaît nécessairement avec la condition.

L'opinion que je combats pose en principe que l'on peut diviser la volonté du testateur parce que « l'institution traduit l'intention libérale du disposant : la condition qu'il y met, son désir qu'un fait s'accomplisse en retour de cette libéralité (1) ».

Cela revient à dire que le testateur n'a pas subordonné son intention de léguer à la réalisation de la condition illicite ; qu'il n'a fait qu'exprimer un simple vœu que tel fait impossible ou illicite soit accompli. Mais dans cette hypothèse, il est bien évident que personne ne songera à annuler l'institution d'héritier. Elle est pleinement valable parce qu'elle renferme tous les éléments de validité requis par la loi, et que l'expression d'un simple vœu, qui lui est en quelque sorte juxtaposé, ne saurait avoir aucune influence sur sa validité. Mais il s'agit justement de démontrer que le testateur n'a pas subordonné son intention libérale à la réalisation de la condition, et si l'on tenait ce fait pour constant sans en fournir la preuve, on ferait une véritable pétition de principe. Que les Romains aient été amenés, par l'analyse juridique des dispositions testamentaires,

(1) BARTIN, *op. cit.*, p. 286.

à ne voir dans les conditions impossibles ou illicites qu'un simple désir, c'est ce que je crois fermement (1), mais l'opinion que je combats est impuissante à nous révéler le motif de cette singulière présomption.

M. Bartin croit cependant trouver ce motif dans la règle que l'intention libérale suffit à valider le testament lors même qu'elle se manifeste *sous une forme abstraite*. Il faut bien nous pénétrer de la véritable portée de ce principe. Il signifie tout simplement, comme l'on peut s'en convaincre en lisant le texte cité par M. Bartin (2), que la fausseté du motif n'entraîne pas la nullité du legs. En un mot, les Romains ont entrevu la distinction moderne de la cause et du motif.

Toute l'argumentation de M. Bartin revient donc à dire que la condition impossible ou illicite n'est que le motif de l'institution dont la cause est l'intention libérale.

Je repousse absolument une semblable affirmation. De deux choses l'une : ou le testateur a subordonné expressément sa volonté libérale à l'accomplissement de la condition, et dans ce cas la condition s'incorpore en quelque sorte avec l'intention libérale qui ne peut en être séparée ; ou la condition n'est que l'expression d'un désir, sans aucun lien légal avec l'institution, et alors il est manifestement impossible d'y voir le motif déterminant de la libéralité.

(1) V. *infra*, p. 41 et suiv.

(2) Dig. fr. 72, § 6, xxxv, l.

Qui ne voit d'ailleurs que si la théorie ingénieuse que je combats était exacte, la condition impossible ou illicite serait réputée non écrite dans les actes entre vifs ?

En effet, l'intention libérale abstraite suffit à valider une disposition testamentaire parce que le faux motif ne vicie pas la cause ; mais ce principe est également vrai dans les actes entre vifs ; et si la condition illicite doit être regardée comme un simple motif, elle doit être tout aussi impuissante à vicier cette sorte d'actes, qu'elle est impuissante à vicier l'institution d'héritier.

Un exemple donnera corps à l'objection :

Supposons que Primus ait vendu son immeuble pour un prix avantageux (1) à Secundus, si celui-ci parvient, en employant des manœuvres captatoires, à se faire instituer par Titius. Un tel contrat est, sans aucun doute, radicalement nul comme entaché d'une condition immorale. Modifions un peu notre espèce et supposons maintenant que la même vente soit intervenue entre Primus et Secundus sans qu'aucune condition ait été insérée, mais qu'il soit démontré en fait que Secundus

(1) Si je suppose que le marché est avantageux pour l'acheteur, c'est que je veux mettre en relief le caractère immoral de la condition. Dans l'hypothèse que je prévois, la condition est certainement de nature à déterminer l'accomplissement d'un fait contraire aux mœurs : la captation, et c'est à ce titre qu'elle entraîne la nullité de la vente. Si le marché ne présentait aucun avantage pour Secundus, la condition ne serait plus de nature à l'engager à capter la confiance de Titius et perdrait ainsi son caractère immoral.

ne s'est rendu acquéreur de l'immeuble de Primus que parce qu'il s'est cru à tort institué par Titius. Nous sommes bien en présence d'un faux motif; la vente n'en est pas moins pleinement valable. — Ces deux solutions sont absolument contradictoires si l'on assimile, comme le fait M. Bartin, la condition illicite au motif erroné. Tout ce que le savant auteur a dit de l'intention libérale, qui n'est autre chose que la *cause* de l'institution d'héritier, s'applique également à la *cause* des obligations entre vifs. Il en résulte que si l'on admet l'explication qu'il propose, la décision romaine, en ce qui concerne les actes entre vifs, reste inexplicable. — M. Bartin a, du reste, si bien senti la force de l'objection, qu'il évite d'assimiler complètement la condition impossible ou illicite au motif erroné: « En réalité, dit-il, *il y a là quelque chose d'analogue* au maintien d'une disposition née d'un motif erroné (1). »

L'objection que j'ai faite à l'opinion du savant auteur est particulièrement saisissante quand il s'agit d'une donation. Là encore la cause et le motif se distinguent nettement. Le motif varie à l'infini. La cause est toujours, comme dans le testament, l'intention libérale. D'où vient que la règle est différente dans ces deux actes? M. Bartin croit échapper à l'objection en démontrant que « le droit romain primitif n'avait pas » dégagé l'idée de l'acte à titre gratuit, testament ou

(1) *Op. cit.*, p. 283.

» donation, pour lui faire une situation indépendante » et originale ». Sans doute, à l'origine, la donation se confond avec l'acte à titre onéreux, mais je crois avoir démontré que les raisons que M. Bartin invoque pour expliquer l'annulation de la condition impossible ou illicite dans les actes de dernière volonté s'appliquent avec la même force à tous les actes entre vifs, gratuits ou onéreux.

IV. — Je ne dirai que quelques mots d'une opinion à laquelle je ne crois pas devoir attacher une grande importance et qui explique la règle de la manière suivante :

Il est rare, dit-on, qu'une condition présente un caractère d'impossibilité ou d'immoralité évident. Si le testateur était là pour expliquer sa pensée, il démontrerait peut-être que la condition, telle qu'il l'a entendue, n'a rien d'impossible ni d'immoral.

Il est facile de répondre que les jurisconsultes n'ont certes pas posé une règle générale en vue d'un cas particulier. Le plus souvent, en faisant dépendre l'institution de la réalisation d'un fait honteux, le testateur a poursuivi, très consciemment, un but immoral. L'hypothèse où se placent mes adversaires est au contraire de nature à se présenter rarement. Tout ce que je concéderai à cette opinion, c'est que l'interprétation de la volonté du testateur paraissant avoir été assez large quand il s'agissait de découvrir le but poursuivi par

l'auteur de l'institution conditionnelle (1), l'on présu-
mait facilement, en présence d'une disposition obscure,
que la condition exprimée n'avait rien d'immoral. Mais
il convient de remarquer que cette jurisprudence abou-
tissait à maintenir les conditions douteuses et non à les
annuler.

V. — J'ai, à dessein, ajourné jusqu'ici l'exposition
du système qui a rallié le plus grand nombre de suf-
frages et qui voit dans la décision des textes une simple
preuve « de la répugnance des Romains à mourir in-
testats (2) ». Mon opinion personnelle présentant une
certaine analogie avec le système généralement admis,
il m'a paru logique de rapprocher les deux explications.

Il faut bien nous pénétrer de la pensée des auteurs
du système que je vais exposer. Leur idée est qu'il faut
voir dans la règle qui nous occupe une pure décision de
faveur. « Je ne puis expliquer une si profonde déroga-
» tion au droit commun, dit M. Accarias (3), que par la
» répugnance des Romains à mourir intestats. Leur
» pensée est que le testateur a voulu, par-dessus tout,
» avoir un héritier testamentaire, et que, plutôt que de
» faire une disposition inefficace, il eut lui-même sup-
» primé la condition ». Ainsi donc, les partisans du
système si généralement admis fondent leur explication

(1) Dig. fr. 19, pr. xxxv, l.

(2) ACCARIAS, *Précis*, t. I, p. 866.

(3) *Loc. suprà cit.*

sur ce fait que mourir intestat paraissait un malheur à Rome. Le testateur a donc voulu, avant tout, « avoir un héritier testamentaire », et en annulant la condition, la loi ne fait que consacrer la volonté probable du testateur qui l'eût supprimée lui-même plutôt que de mourir intestat.

Ce système soulève tout d'abord une objection qui se présente naturellement à l'esprit. Lorsque l'institué a des cohéritiers ou des substitués, la solution romaine demeure inexplicable, car dans cette hypothèse le testateur ne risque pas de mourir intestat. L'on croit échapper à la difficulté en déclarant que les Romains ne se sont vraisemblablement occupés que du cas où l'institué est seul. Cette réponse me paraît tout à fait insuffisante. La présence d'un substitué et surtout d'un cohéritier est chose trop fréquente pour que l'on puisse admettre que les jurisconsultes romains aient appliqué indistinctement la même règle à des hypothèses si différentes. Cette objection est donc, à mon sens, absolument concluante et suffirait à elle seule à faire rejeter l'opinion que je combats.

Mais il y a plus. En faisant reposer la règle qui nous occupe sur une idée de faveur, l'on prête le flanc à une objection très sérieuse, que M. Martin a merveilleusement développée en ces termes : « La règle est aussi » ancienne que le droit romain. Elle en change singulièrement la physionomie traditionnelle si l'explication que je critique est exacte. On était accoutumé à

» le considérer comme une législation rigide, où l'intérêt de ceux qu'elle régit n'est pris en considération que s'ils ont scrupuleusement observé ses règles. Il faut désormais rejeter cette interprétation générale et modifier cette vue d'ensemble, puisque la faveur dont jouissait le testament a pu relâcher en un point la trame serrée des principes qui le gouvernaient (1). »

Le savant auteur fait observer en outre que le droit civil n'a pas reculé pendant longtemps devant la nullité d'un testament pour survenance d'un posthume, nullité qui est « bien plus choquante que ne l'eût été celle qui fût née de l'insertion d'une condition illicite (2) ».

Ma conclusion sera que cette opinion a tort de prêter aux Romains une décision de faveur. A mon avis, c'est dans une idée juridique qu'il faut rechercher le principe de la solution romaine qu'aucun système n'a pu découvrir jusqu'ici.

VI. — J'ai ainsi exposé les principaux systèmes que l'on a proposés jusqu'à ce jour pour expliquer la différence d'effet des conditions impossibles ou illicites dans le testament et dans les actes entre vifs. Il me faut maintenant faire connaître mon sentiment personnel.

Avant d'exposer l'explication que j'ai cru devoir adopter, il me faut étudier brièvement le caractère religieux

(1) *Op. cit.*, p. 262.

(2) *Op. cit.*, p. 263.

de l'institution d'héritier à l'époque lointaine où le testament se faisait *calatis comitiis*.

Dans les premiers siècles de Rome, la transmission du patrimoine n'était pas le but principal du testament. L'hérédité comprenait, outre les biens, les *sacra* du défunt ; et la science moderne a mis en relief l'importance que les peuples anciens attachaient à l'observation de ce culte domestique, et spécialement à l'accomplissement des sacrifices destinés à apaiser les morts.

« Chez tous les peuples de race aryenne, dit un auteur (1), les morts continuaient, dans leur séjour souterrain, une vie éternelle, pendant laquelle ils » nourrissaient les mêmes sentiments et éprouvaient » les mêmes besoins que sur la terre. On les enterrait » avec des armes et des aliments ; à des époques déterminées, leurs descendants étaient tenus de leur apporter des offrandes et des sacrifices.

» Lorsque ces sacrifices étaient négligés, les morts » sortaient de leurs tombes, leurs âmes errantes gémissaient dans la nuit et cherchaient à avertir les vivants » par les maladies et les fléaux qu'elles leur envoyaient. » Au contraire, les sacrifices régulièrement faits béatificaient les morts et les transformaient en divinités tutélaires. »

Lucien (2) nous apprend que « les morts se nourri-

(1) Francisque GREIFF, *De l'Origine du Testament romain*, page 17.

(2) *De luctu*.

» sent des mets que nous plaçons sur leur tombeau et
» boivent le vin que nous y versons : en sorte qu'un
» mort à qui l'on n'offre rien est condamné à une faim
» perpétuelle ».

L'on comprend aisément l'importance que le testateur, imbu de ces croyances, devait attacher au choix d'un héritier chargé d'apporter à ses mânes les offrandes nécessaires; et ce caractère religieux de l'institution d'héritier nous explique très bien la préférence célèbre des Romains pour l'hérédité testamentaire.

Le père de famille soucieux de confier le culte domestique à une personne sur la piété de laquelle il puisse compter, ne manquera jamais d'assurer, de son vivant, l'observation rigoureuse des *sacra privata* « qui résu-
» maient, dit M. Accarias, une suite souvent glorieuse
» et toujours chère de traditions domestiques (1) ».

C'est donc un scrupule religieux qui faisait, à mon sens, reculer si souvent le droit civil devant l'annulation d'une institution d'héritier.

Une règle ancienne que Gaïus nous révèle (2) semble bien en parfaite harmonie avec cette conception; la cession d'hérédité faite *in jure* par l'institué est radicalement nulle, tandis que l'héritier légitime peut valablement abandonner ses droits héréditaires par le même procédé.

L'on explique généralement cette différence par « le

(1) *Précis*, t. I, p. 840.

(2) *Gomm.* II, § 36.

respect des Romains pour les dernières volontés de l'homme (1) ». Je crois rendre mieux compte de la règle en disant que l'on n'a pas voulu permettre à l'institué de se décharger du fardeau des *sacra* sur la tête d'un étranger peut-être indigne, alors que l'institution d'héritier est une preuve vivante et manifeste de la préoccupation du testateur de confier cette charge à un héritier de son choix. Il est vrai que l'institué est toujours libre de répudier, mais si l'hérédité est solvable, il ne sera pas tenté de recourir à ce procédé, tandis qu'en l'autorisant à faire l'*in jure cessio*, on lui donnerait un moyen facile d'échapper à la charge des *sacra* tout en conservant le bénéfice de l'institution.

La règle rapportée par Gaius nous permet donc de pénétrer l'idée dominante qui inspira aux jurisconsultes un respect si profond pour l'institution d'héritier. L'on s'inclinait devant la volonté du testateur parce que l'on voyait dans la désignation d'un héritier testamentaire *un acte religieux*, et le *seul* moyen pour le père de famille d'assurer le repos de ses propres mânes.

C'est sous l'influence de cette idée que se forma la théorie qui nous occupe :

Dans l'acte entre vifs, la loi présume que les parties contractantes ont formellement subordonné leur vo-

(1) ACCARIAS, *Précis*, 4^e éd., t. I, p. 1294.

lonté à la condition impossible ou illicite qu'elles ont insérée. Réputer non écrite la condition, c'eût été diviser cette volonté et par suite la méconnaître complètement. Remarquons cependant que l'on peut fort bien concevoir l'hypothèse où la condition illicite n'est que l'expression d'un simple désir, et que, dans ce cas, le maintien de l'acte et l'annulation de la condition sont le seul parti conforme à la raison. Je conçois donc très bien une législation où le juge aurait un pouvoir discrétionnaire pour examiner en fait quelle a été l'intention des parties. Si le droit romain a posé une règle unique, c'est qu'il a voulu tarir dans leur source une foule de contestations; et comme, en général, la volonté des parties est formellement subordonnée à l'accomplissement du fait mis *in conditione*, la loi pose une présomption générale qui dispense de toute preuve le demandeur en nullité.

Dans l'acte de dernière volonté, l'on peut également concevoir deux hypothèses distinctes : celle où le testateur a entendu subordonner formellement sa volonté libérale à l'accomplissement de la condition impossible ou illicite, et celle où, en insérant cette modalité, il a entendu exprimer un simple vœu et non faire dépendre le sort de l'institution d'un fait sans réalité physique ou sans valeur légale. Il fallait, pour l'institution d'héritier, comme pour les actes entre vifs établir une règle unique, une présomption de volonté destinée à guider le juge d'une manière certaine. Mais ici de puissants

motifs portent à croire que, dans l'immense majorité des cas, le testateur n'a pas subordonné sa volonté à la condition impossible ou illicite. Le but qu'il se proposait d'atteindre n'est certes pas l'accomplissement de tel ou tel fait impossible ou contraire aux prescriptions de la loi. Il a voulu avant tout confier les *sacra privata* à un citoyen digne de cet honneur : il a poursuivi un but essentiellement religieux. L'institution d'héritier domine en quelque sorte le testament ; c'eût été violer le plus souvent la volonté sacrée d'un mort que de voir dans les modalités qui nous occupent un élément principal d'où l'institution dépend. Nous sommes donc en présence, ou d'une inadvertance du testateur, ou, ce qui est plus probable, de l'expression d'un simple désir que tel fait s'accomplisse. La conclusion s'impose : la condition impossible ou illicite devra être effacée et l'institution pleinement validée.

Je puis dès lors m'approprier les paroles de M. Bartin quand il dit : « On peut diviser la volonté du testateur, parce que ce qu'on garde et ce qu'on supprime, » l'institution et la condition n'ont pas la même nature » et ne répondent pas à la même idée. L'institution traduit l'intention libérale du disposant : la condition qu'il y met, son désir qu'un fait s'accomplisse en retour de » cette libéralité (1). » Je modifierai simplement cette théorie en disant que l'institution traduit, non seule-

(1) *Op. cit.*, p. 286.

ment l'intention libérale du disposant, mais encore et surtout son intention de confier les *sacra privata* à la piété de l'héritier de son choix.

J'ai fait observer plus haut que la crainte de voir surgir des procès nombreux avait seule amené les jurisconsultes romains à établir ces deux présomptions différentes dans les actes entre vifs et dans les actes de dernière volonté. Je me hâte d'ajouter qu'il est bien probable que dans un but de justice et d'équité, l'on n'hésitait pas, dans certains cas, à faire fléchir la rigueur des principes. En d'autres termes, il est presque certain que l'on admettait les parties à prouver, dans les actes entre vifs que la condition impossible ou illicite n'était qu'une modalité accessoire, à laquelle l'acte n'était aucunement subordonné, et, dans les actes de dernière volonté, que l'intention du testateur avait été au contraire de voir l'institution rester sans effet si la condition ne se réalisait pas.

Pour les actes entre vifs, un texte très remarquable de Julien, le fragment 2, § 7, *De donationibus* (1), nous autorise à faire cette conjecture : « *Titio decem donavi ea conditione, ut inde Stichum sibi emeret. Quæro, cum homo antequam emeretur, mortuus sit : an aliqua actione decem recipiam ? Respondit : FACTI MAGIS, QUAM JURIS QUÆSTIO EST ; nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho, condictione re-*

(1) Dig. xxxix, 5.

petam: si vero, alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare ut Stichum emeret, causa magis donationis, quam conditio dandæ pecuniæ, existimari debet; et mortuo Sticho, pecunia apud Titium remanebit. »

La question de savoir si le donateur a subordonné sa libéralité à la condition est, comme le dit fort bien le jurisconsulte, plutôt une question de fait qu'une question de droit; et s'il est démontré que le donateur *alias donaturus fuisset*, la défaillance de la condition ne fera pas obstacle à la validité de la donation. Nous pouvons certainement appliquer la théorie de ce fragment au cas qui nous occupe. Il est moins grave en effet d'annuler une condition impossible ou illicite qu'une condition ordinaire, or, en ne tenant pas compte de la défaillance de la condition, Julien efface en réalité la modalité que les parties avaient insérée. En présence du texte que je viens de rapporter, nous pouvons donc généraliser, et dire que, s'il est évident en fait que la condition illicite n'est que l'expression d'un désir, comme dans le fragment de Julien, le juge pourra dans tous les cas, et contrairement à la présomption de la loi, effacer purement et simplement la condition.

Quant aux actes de dernière volonté, nous avons également plusieurs textes qui semblent bien donner au juge un certain pouvoir d'appréciation, en lui permettant de rechercher si la présomption de la loi n'est pas en contradiction flagrante avec la réalité des faits.

C'est tout d'abord le fragment 4, § 1, *De statuliberis*, de Paul (1). Le jurisconsulte décide que le legs de liberté fait sous une condition tellement difficile à remplir qu'il est certain que l'esclave ne parviendra jamais à la liberté, est nul : « *quia nec animus dandæ libertatis est* ». C'est ensuite un texte de Modestin (2) qui donne au juge la facilité de rechercher, lorsqu'il se trouve en présence d'une condition impossible ou illicite, si le testateur était sain d'esprit (*compos mentis*), et s'il n'y a pas lieu d'annuler la disposition pour démence.

En présence de ces deux décisions, rien ne nous empêche de généraliser et de dire que la présomption de la loi admettait la preuve contraire.

Je résumerai en deux mots la théorie romaine. Dans les actes entre vifs, la loi présume que la volonté des parties est formellement subordonnée à la condition impossible ou illicite qu'elles ont insérée. Dans l'acte de dernière volonté, le caractère religieux de l'institution d'héritier fit admettre la présomption inverse; mais, pour parler un langage moderne, il ne s'agit dans les deux cas que d'une présomption *juris tantum* et non d'une présomption *juris et de jure* (3).

(1) Dig. XL, 7.

(2) Dig. fr. 27, pr. *De cond. inst.*, XXVIII, 7.

(3) M. de Savigny (*Traité de dr. rom.*, t. III, p. 208) met bien en relief l'indépendance respective de l'institution d'héritier et de la condition impossible ou illicite, mais le savant auteur donne un motif tout à fait insuffisant, à mon sens, de la présomption admise par les textes. Se plaçant au point de vue des conditions immo-

Cette interprétation diffère absolument, il est à peine besoin de le dire, de la théorie que j'ai exposée et essayé de réfuter et qui explique la décision des textes par la répugnance des Romains à mourir intestats.

Ce système a le tort de ne voir dans la règle qui nous occupe qu'une pure décision de faveur. A mes yeux, l'idée qui inspira les jurisconsultes romains leur fut au contraire suggérée par l'examen du caractère de l'institution d'héritier, examen qui les amena logiquement à consacrer la solution que l'on sait, comme seule conforme aux intentions du testateur. Mes adversaires n'ont pas aperçu que l'institution et la condition illicite sont parfaitement distinctes, et qu'il n'est pas vrai de dire que les Romains « ont divisé la volonté du testateur (1) ».

Mon interprétation a, sur le système que je viens de rappeler, l'immense avantage de rendre un compte exact de la théorie des textes même dans le cas fréquent où l'institution est accompagnée d'une substitution. Elle

rales, M. de Savigny écrit : « S'il est certain que le testateur a voulu effectuer un mal moral, il est très vraisemblable qu'indépendamment de la condition, il aurait institué l'héritier ou le légataire, *puisqu'il s'occupait à nommer des légataires ou des héritiers*, tandis que pour les contrats la promesse est uniquement faite en vue de l'acte immoral. » La considération invoquée par M. de Savigny est évidemment impuissante à expliquer à elle seule la présomption exorbitante de la loi romaine, car il est très rationnel d'admettre, dans l'immense majorité des cas, que si le testateur s'est occupé à instituer l'héritier, c'est uniquement en vue du mal moral qu'il veut effectuer.

(1) ACCARIAS, *Précis*. 4^e éd., t. I, p. 866.

échappe ainsi à l'objection fondamentale que j'ai développée plus haut (1) : le but du testateur n'est pas seulement, comme le dit M. Accarias, « d'avoir un héritier testamentaire (2) », mais encore et surtout de voir la charge des *sacra* passer à celui-là seul qu'il en a jugé digne, à l'exclusion de tout autre. En instituant Primus en première ligne, le testateur a entendu lui confier, *de préférence aux substitués*, le culte des traditions de la famille. Au point de vue de la transmission des *sacra*, le *paterfamilias* a donc un intérêt majeur à ce que l'institution de Primus ne soit pas annulée, et les puissants motifs qui nous ont amenés à présumer qu'il n'a pas entendu subordonner l'institution à la condition illicite s'appliquent ici avec la même force que dans le cas où l'institution n'est accompagnée d'aucune substitution.

Il est un cas cependant où mon système lui-même semble en défaut et où l'objection reparaît. Je veux parler de l'hypothèse où il y a plusieurs institués. Il semble bien que l'on ne peut, dans ce cas, appliquer à la décision des textes l'explication que j'ai proposée. Le testateur ayant manifesté une égale confiance dans tous les institués, puisqu'il les place sur la même ligne, l'on peut sans inconvénient, semble-t-il, annuler la disposition entachée d'une condition illicite ou impossible.

(1) *Suprà*, p. 36.

(2) *Loc. suprà cit.*

La réponse est facile.

Remarquons tout d'abord que l'hypothèse où l'on est obligé de se placer pour formuler l'objection se présentera rarement. Le plus souvent tous les institués sont appelés en vertu d'une seule et même disposition, affectée tout entière par la condition illicite. Le testateur aura écrit par exemple : *Titius et Mævius heredes sunt, si homicidium fecerint*. Il est donc vraisemblable que les Romains ne se sont nullement préoccupés du cas qui nous occupe et qui est de nature à ne se présenter que rarement.

Mais il y a plus; il ne faut pas oublier que la charge des *sacra* était assez lourde, et qu'en la divisant entre plusieurs institués, le testateur a voulu se prémunir contre les chances de refus d'adition. Il a donc un intérêt sérieux à ce qu'aucun institué ne soit écarté.

Il me faut maintenant aborder la partie la plus difficile de ma tâche : l'explication de la controverse des deux écoles relativement aux legs.

Les motifs qui ont fait réputer non écrites les conditions illicites dans l'institution d'héritier ne s'appliquant pas aux legs, tout nous porte à croire que la règle ne leur fut pas étendue à l'origine. Mais vers le septième siècle de Rome, nous voyons apparaître une institution nouvelle qui devait avoir une influence considérable sur la théorie des conditions impossibles ou illicites. Je veux parler du *legs partiaire*, disposition

testamentaire ayant pour objet une quote-part de l'hérédité.

Cicéron (*De leg.*, II, 19) nous apprend que la jurisprudence des pontifes avait imposé au légataire qui recueillait autant ou plus que les héritiers, la charge des *sacra* du défunt. La conséquence de cette jurisprudence est facile à apercevoir : la règle de l'institution d'héritier devait être désormais étendue au legs partiaire, puisque les motifs religieux qui l'avaient fait édicter s'appliquent avec la même force dans les deux hypothèses.

Lorsque les *sacra privata* tombèrent en désuétude, il parut contradictoire de ne pas appliquer aux legs ordinaires la règle que l'on admettait sans contestation pour le legs partiaire. Le lien étroit qui unit ces diverses dispositions testamentaires invitant naturellement à établir une règle unique pour toutes les libéralités que contient le testament, il est très probable que l'opinion sabinienne ne fut que l'extension, dans un but de simplicité et de clarté, de la règle primitivement restreinte au legs partiaire. Les Proculiens, plus logiques, s'en tinrent au contraire fermement aux principes, et se refusèrent à étendre la règle en dehors des cas où elle se justifiait en raison.

Il résulte de cette explication que la controverse fut toujours restreinte aux legs ordinaires. Le texte de Gaius, bien qu'il semble par la généralité de ses termes, s'appliquer au legs partiaire lui-même, n'infirme en

rien cette conjecture, car le jurisconsulte a pu considérer le legs d'une quote-part de l'hérédité comme une véritable institution d'héritier avec laquelle il se confond presque.

Reste à expliquer comment la théorie sabinienne fut étendue aux fidéicommiss et aux affranchissements. (*Inst.*, II, 14, § 10.)

L'explication m'en paraît facile à donner : Dès l'époque de Gaïus, le souvenir des motifs qui avaient fait édicter la règle était effacé puisque le jurisconsulte avoue son impuissance à justifier l'opinion de ses maîtres. Qu'y a-t-il d'étonnant dès lors, à ce que l'on ait étendu la règle à toutes les dispositions que le testament peut contenir ? Il parut contradictoire de ne pas appliquer une règle unique à l'ensemble du testament, et cette idée, qui jadis avait fait étendre la règle du legs partiaire à tous les legs, fit appliquer l'opinion sabinienne aux fidéicommiss et aux affranchissements d'autant plus facilement que les raisons qui avaient fait naître la controverse étaient complètement oubliées.

Je crois, au surplus, qu'il faut renoncer à trouver une explication absolument certaine d'une règle dont les jurisconsultes romains eux-mêmes sont impuissants à nous révéler l'origine.

CHAPITRE II

DE LA SIMILITUDE D'EFFETS DES CONDITIONS IMPOSSIBLES ILLICITES OU IMMORALES

J'ai longuement étudié, dans la première partie de ce travail, la nature et les caractères des conditions impossibles, illicites ou immorales. Il résulte de cet examen qu'une différence nettement tranchée se révèle entre les conditions impossibles d'une part, et les conditions illicites ou immorales, d'autre part. L'intention des parties est absolument indifférente lorsqu'il s'agit d'apprécier les premières. Elle doit au contraire être prise en considération lorsqu'on recherche si la condition est *turpis* ou *contra legem*. Néanmoins ces deux classes de conditions sont absolument assimilées par les textes au point de vue de leurs effets.

Le moment est venu de rechercher les causes de cette assimilation. Je suis ainsi amené à examiner une opinion célèbre : la théorie de l'impossibilité morale.

Pour les partisans de ce système, la similitude d'effets des conditions impossibles, illicites ou immorales s'explique par cette seule considération que les actes contraires aux lois ou aux mœurs sont moralement impossibles à accomplir.

Cette opinion trouve une base solide, semble-t-il, dans le fragment 15, dig. *De cond. instit.*, XXVIII, 7 :

« *Filius qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres, quam senatus aut Princeps improbant, testamentum infirmet patris, ac si conditio non esset in ejus potestate. Nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt, NEC FACERE NOS POSSE CREDENDUM EST.* »

Je n'insisterai pas longtemps sur cette opinion que l'on a maintes fois réputée victorieusement. Il me suffira de rappeler la définition que j'ai donnée des conditions illicites ou immorales pour en démontrer la fausseté.

Il résulte de cette définition que le caractère illicite de la condition dépend uniquement de l'intention qui a guidé les parties. J'en ai conclu qu'un fait illicite ou immoral peut faire l'objet d'une condition valable, si la condition ne tend pas à le provoquer.

Il est certain d'autre part qu'un fait impossible ne peut jamais être mis *in conditione*.

Si les faits réprouvés par la loi ou par la morale doivent être réputés impossibles à accomplir, ces faits ne pourront jamais être prévus par une condition, ce qui est manifestement contraire à la théorie générale des textes.

Un exemple bien choisi fera mieux saisir l'objection. Je suppose la stipulation suivante : me promettez-vous cent si le navire que j'attends d'Asie est capturé par

des pirates. Le fait que la condition prévoit est à coup sûr illicite, puisqu'il s'agit d'un délit. Si l'accomplissement d'un tel fait est impossible, comme l'affirment nos adversaires, nous sommes en présence d'une condition impossible et la stipulation que j'ai supposée doit être annulée. Or, personne ne voudrait soutenir que le contrat d'assurance ait été rejeté par le droit romain.

Cette observation est décisive et me dispense d'insister davantage sur la réfutation du système de l'impossibilité morale (1).

Mais si j'ai démontré que le fragment de Papinien n'a pas le sens qu'on lui prête, je n'ai pas pour cela résolu la difficulté qu'il soulève. Papinien semble bien, en effet, dans les derniers mots du texte, considérer l'accomplissement d'un fait honteux comme moralement impossible. Faut-il en conclure que le grand jurisconsulte n'a pas aperçu la différence essentielle qui sépare la condition impossible de la condition immorale ou illicite? Je ne le crois pas.

La pensée qui inspira le fragment 15 et que je vais essayer de mettre en lumière est absolument conforme à la raison, sans contredire d'autre part les principes généraux que je viens de rappeler.

Pour plus de clarté, je rappellerai tout d'abord les principes auxquels Papinien fait allusion :

D'après le droit civil, le testateur doit instituer ou

(1) Voyez cette réfutation dans M. Bufnoir, *op. cit.*, pages 34 et suivantes.

exhérer le fils qu'il a sous sa puissance, à peine de nullité du testament. Si l'institution est conditionnelle et que la condition ne se réalise pas, le fils se trouve n'avoir jamais été ni institué ni exhérédié ; et comme on ne peut prévoir d'avance si la condition se réalisera ou non, le droit romain, pour ne pas laisser en suspens la question de validité du testament, le déclare nul *ab initio*. Le testateur n'avait d'autre moyen d'éviter cette nullité que d'exhérer son fils pour le cas où la condition viendrait à défaillir.

Le droit civil apportait lui-même une exception remarquable à la rigueur de cette règle : lorsque la condition était *potestative* de la part du fils institué, le testament était parfaitement valable. Cette exception est pleinement justifiée, car l'institué ne peut, dans ce cas, se plaindre d'avoir été omis puisqu'il dépend de lui seul d'être héritier.

Ces principes étant bien compris, revenons à notre texte :

Papinien suppose que la condition imposée par le *paterfamilias* est contraire aux lois ou aux mœurs. Nul doute qu'une semblable condition ne soit potestative puisque c'est là un caractère essentiel des conditions immorales ou illicites (1). C'est donc à tort que les interprètes dont je partage l'opinion ont écrit que le texte de Papinien signifie que les conditions de cette nature ne

(1) Voy. *suprà*, 1^{re} partie, chap. II, p. 13.

sont pas potestatives (1). Ce serait prêter au jurisconsulte une erreur grossière qu'il ne commet pas.

Mais si la condition est potestative d'où vient que le testament ne sera pas annulé, contrairement aux principes généraux ?

C'est ici qu'apparaît la difficulté, et qu'il faut bien se pénétrer du sens de la phrase destinée à nous révéler le motif de cette dérogation. Voici quelle est, à mon sens, la pensée du jurisconsulte :

Pour que le testament du *paterfamilias* soit valable, les principes généraux exigeraient que la condition qui affecte l'institution du fils en puissance soit potestative. Or ici, il s'agit bien d'une condition potestative au sens propre du mot, puisque toute condition illicite ou immorale est essentiellement potestative ; mais la loi, pour des motifs faciles à saisir, présume que l'institué est incapable de commettre une action que la loi ou la conscience réprouvent. On ne peut plus dire, en conséquence, que l'institué n'a qu'à s'en prendre à lui-même d'avoir été omis, et puisque la loi se refuse à considérer la condition comme potestative, l'on retombe dans l'hypothèse où le testament est affecté d'une condition casuelle, ce qui a pour effet de l'annuler.

En d'autres termes, il faudrait, pour valider le testament, considérer la condition comme potestative de la part de l'institué, c'est-à-dire qu'il faudrait que la

(1) Voy. notamment Bufnoir, *op. cit.*, p. 33.

loi le supposât capable d'accomplir le fait honteux ou illicite que le testateur lui a imposé. Il faudrait qu'elle escomptât en quelque sorte la mauvaise action du fils en prévoyant son accomplissement. — Une telle supposition doit être absolument rejetée. La loi présume au contraire que l'institué se refusera à accomplir l'acte honteux que le *paterfamilias* a prévu; elle est ainsi amenée à faire produire à la condition imposée l'effet d'une condition non potestative, sans méconnaître pour cela la différence théorique qui les sépare.

Remarquons en effet que Papinien ne nous dit pas qu'il y a là une condition non potestative, mais bien que l'on infirme le testament *comme si* l'on se trouvait en présence d'une condition non potestative : *AC SI conditio non esset in ejus potestate*.

Cette observation nous permet de bien pénétrer le sens des mots : *nec facere nos posse credendum est* sur lesquels repose la théorie de l'impossibilité morale.

Le jurisconsulte n'assimile pas d'une façon absolue et générale les conditions illicites aux conditions impossibles; il décide simplement, dans une hypothèse toute spéciale, que la loi, lorsqu'elle est obligée de prévoir la conduite d'un citoyen dans l'avenir, présume que cette conduite sera absolument conforme à ses prescriptions comme à celles de la morale.

Et que l'on n'objecte pas que la loi semble bien prévoir une mauvaise action lorsqu'elle valide la condition : me promettez-vous cent, si Titius commet un délit ?

La situation est toute différente. Dans cette hypothèse, ce sont les parties, qui prévoient le fait délictueux, qui escomptent la mauvaise action de Titius ; c'eût été pousser à l'extrême la présomption de la loi que d'interdire aux particuliers de prévoir un fait qui, s'il est improbable aux yeux du législateur, n'est cependant pas impossible en fait. Toute autre est l'hypothèse du fragment : pour valider le testament il faudrait que la loi fasse ce font les contractants dans la stipulation que j'ai supposée, c'est-à-dire qu'elle supposât un citoyen capable de mal agir. Ce calcul est indigne de la loi, elle l'abandonne aux particuliers, mais elle ne fait pas l'injure aux citoyens de le leur appliquer.

Tel est, à mon avis, le véritable sens de ces mots : *nec facere nos posse credendum est*, auxquels on a donné une portée beaucoup trop absolue.

Je ferai une dernière objection à la théorie de l'impossibilité morale :

S'il est vrai de dire que la loi frappe la condition illícite ou immorale en tant qu'impossible, dans l'hypothèse du fragment, il reste inexplicable que cette condition ait pour effet d'annuler le testament du père de famille au lieu d'être simplement réputée non écrite. La solution du texte trouve au contraire une explication toute naturelle si l'on admet les observations que j'ai présentées : la condition, si elle est potestative en raison, n'est pas potestative aux yeux du législateur ; à ce titre, elle porte en elle, indépendamment de son caractère illícite,

un caractère spécial qui a pour effet d'annuler le testament, conformément aux principes relatifs à l'exhérédation.

La théorie de l'impossibilité morale étant écartée, il faut nous remettre à la recherche du motif qui fit assimiler les conditions illicites et immorales aux conditions impossibles, au point de vue de leurs effets.

Ce motif me paraît facile à trouver. L'analyse juridique des actes entre vifs et des actes de dernière volonté me fournit la preuve évidente que l'assimilation de ces diverses conditions résulte de leurs caractères respectifs, sans qu'il soit besoin de leur supposer une nature commune.

Je vais essayer de le démontrer en raisonnant tout d'abord sur les actes entre vifs.

L'annulation d'un contrat, qu'il soit à titre gratuit ou à titre onéreux, lorsqu'il est entaché d'une condition impossible, s'impose absolument à l'esprit. Comme le dit très bien M. Bufnoir (1), « la condition impossible équivaut à la négation complète de la volonté de celui qui s'engage ». Les parties ayant subordonné leur volonté à la condition et cette condition ne pouvant s'accomplir, il est évident que l'opération n'est qu'une plaisanterie à laquelle la loi ne peut accorder aucun effet.

C'est ce que fait observer Mæcianus dans le frag-

(1) *Op. cit.*, p. 22.

ment 31, dig. *De oblig. et act.*, XLVII, 7 : « *Non solum stipulationes impossibili conditione adplicatæ, nullius momenti sunt : sed etiam cæteri quoque contractus, veluti emptiones, locationes, impossibili conditione interposita, æque nullius momenti sunt, quia in ea re, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur : quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem.* »

Ainsi la condition impossible annule l'acte entre vifs parce qu'elle implique nécessairement que la volonté des contractants fait défaut.

Cette solution doit être maintenue même dans le cas où les contractants ont cru la condition possible. L'erreur où ils sont tombés est indifférente aux yeux de la loi parce que leur volonté, qui dépend formellement de la réalisation de l'événement prévu, disparaît avec la condition dont il est l'objet.

Tout autre est le motif qui fait annuler l'acte entre vifs entaché d'une condition illicite ou immorale. La volonté de faire un acte valable est certaine dans cette hypothèse. Si la loi l'annule c'est en vertu d'un principe qui ne présente aucune analogie avec celui que nous venons d'étudier. L'acte entre vifs entaché d'une semblable modalité doit disparaître parce que la loi ne peut prêter son appui à un contrat dont le but est d'atteindre un résultat immoral ou de faire échec à une règle d'ordre public.

Il résulte de ces explications que deux motifs parfaitement distincts font produire aux conditions impossibles d'une part et aux conditions illicites ou immorales d'autre part, des effets absolument identiques.

J'en conclus qu'il ne faut pas rechercher d'autre analogie entre ces diverses modalités, et cette conclusion qu'il m'a été facile de justifier pour les actes entre vifs s'applique également au testament.

Dans l'acte de dernière volonté, la condition impossible doit nécessairement disparaître puisqu'elle implique un ordre de faits purement imaginaires. La condition illicite ou immorale doit être également frappée, pour les motifs que j'ai donnés au sujet des actes entre-vifs. Mais l'on pourrait parfaitement concevoir que le législateur ne fasse pas produire le même effet à ces deux classes de conditions, lorsqu'il s'agit du testament; par exemple que les unes soient une cause de nullité tandis que les autres soient simplement réputées non écrites.

D'où vient que le droit romain les a assimilées ?

La raison m'en paraît facile à donner :

Le droit romain, pour des motifs religieux que nous avons fait connaître, répugnait à annuler, à l'origine, une institution d'héritier. Aussi, lorsqu'on se trouve en présence d'une institution entachée d'une condition illicite ou immorale, la loi présume que le testateur a préféré atteindre le but éminemment moral auquel tend l'institution d'héritier, que le but inavouable auquel

tend la condition. Cette présomption qui cadre merveilleusement, soit dit en passant, avec l'idée que j'ai cru découvrir dans le fragment 15, *De condit. instit.* (1), est très rationnelle. La loi doit présumer que le citoyen a été plus soucieux de transmettre son culte domestique à une personne de confiance que de provoquer une action mauvaise.

Toute autre est la question qui se pose en présence d'une condition impossible. Il ne s'agit plus, en effet, de comparer deux intentions contraires et de faire prévaloir celle que la conscience approuve. Il faut rechercher, abstraction faite de toute préoccupation ayant trait à la morale, quelle a été la véritable intention du testateur. Le droit romain a cru s'y conformer en ne voyant dans la condition impossible que l'expression d'un simple désir. Cette solution se comprend si l'on compare l'importance de l'institution d'héritier à l'origine, avec le peu d'égards que mérite la condition impossible ; mais il est certain que la décision des textes se justifie mieux pour les conditions illicites ou immorales.

Quoi qu'il en soit de ces considérations purement théoriques, il reste acquis que la similitude d'effets des conditions impossibles et des conditions illicites dans le testament comme dans l'acte entre vifs s'explique par des raisons toutes différentes, mais parfaitement tan-

(1) Voy. *suprà*, p. 56.

gibles, sans qu'il soit besoin d'assimiler ces modalités au point de vue de leur nature. Telle est la conclusion à laquelle je voulais arriver, conclusion qui achève de démontrer la fausseté du système de l'impossibilité morale.

Je ne saurais abandonner cette théorie sans faire une observation qui a une certaine importance : Les Romains ont vraisemblablement été provoqués à assimiler les conditions impossibles aux conditions illicites par ce fait que certaines conditions contraires aux lois sont en même temps juridiquement impossibles (1). Il y a là un point de contact remarquable que les jurisconsultes ont certainement aperçu et qui exerça probablement une grande influence sur le développement de la théorie romaine.

CHAPITRE III

DES CAS OU LES CONDITIONS IMPOSSIBLES, ILLICITES OU IMMORALES ANNULENT LES ACTES JURIDIQUES, ET DES CAS OU ELLES SONT RÉPUTÉES NON ÉCRITES.

Lorsque j'ai développé la théorie générale de l'effet des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs, j'ai posé en principe que ces modalités, réputées non écrites dans les actes de dernière volonté,

(1) *Suprà*, 1^{re} partie, chap. 1, p. 1.

annulent les actes entre vifs. Mais parmi les actes juridiques il en est, comme la donation *mortis causa* qui tiennent à la fois de l'acte entre vifs et de l'acte à cause de mort. Il y a donc lieu de nous demander dans quelle catégorie nous devons les ranger au point de vue spécial de la théorie qui nous occupe.

D'autres actes, que leurs caractères font ranger sans contestation dans l'une ou l'autre de ces deux catégories, ont donné lieu néanmoins à quelques controverses.

L'objet de ce chapitre sera de rechercher les solutions que comportent les difficultés qui se sont élevées sur ces diverses questions.

Le contrat de donation à cause de mort présente avec le legs une analogie indiscutable. De là est née la question de savoir si les conditions impossibles ou illicites doivent être réputées non écrites dans la donation *mortis causa* comme dans le legs.

Cette délicate question, sur laquelle nous ne possédons aucun texte, est très controversée, et mérite de fixer un instant notre attention. J'en rechercherai la solution en prenant pour base des considérations générales.

Des interprètes, invoquant l'assimilation presque absolue que Justinien consacra entre la donation *mortis causa* et le legs (1), ont émis l'opinion que le droit ro-

(1) *Institutes*, lib. II, tit. VII, *De donat.*, § 1.

main leur appliquait une règle identique. A l'appui de cette doctrine, on invoque un argument d'analogie tiré du fragment 8, §§ 1, 2, 3, *De cond. instit.* XXVIII, 7. — Il résulte de ce texte que l'édit du préteur relatif à la condition *jurisjurandi* était applicable à la donation à cause de mort.

Sans vouloir anticiper sur une matière que j'étudierai en temps et lieu, il me faut examiner l'argument et par suite dire quelques mots de la condition *jurisjurandi* à laquelle Ulpien fait allusion.

Lorsque le testateur subordonne sa libéralité à la condition que le bénéficiaire prêtera serment d'accomplir un acte déterminé, le préteur, pour des raisons que j'exposerai plus loin (1), transforme la condition en une simple obligation d'accomplir l'acte que le serment avait pour but de déterminer.

Nous verrons plus loin que la condition *jurisjurandi* est annulée parce qu'elle est, dans une certaine mesure, contraire à la morale.

Pour mes adversaires, cette condition étant réputée non écrite dans la donation *mortis causa*, il est logique d'étendre, par analogie, cette règle à toutes les conditions impossibles ou illicites.

Cet argument n'a aucune valeur à mes yeux : Il n'y a aucune raison d'assimiler la condition *jurisjurandi* aux conditions impossibles ou illicites, car les motifs

(1) Voy. *infra*, III^e partie, chap. v, p. 85.

qui ont inspiré l'édit du préteur sont tout à fait spéciaux à l'hypothèse qu'ils prévoient.

La condition *jurisjurandi* se confond si peu avec les conditions impossibles ou illicites, que dans les actes entre vifs elle est pleinement valable (1). Cela est décisif.

L'argument d'analogie que je viens d'exposer étant écarté, il ne reste plus à mes adversaires que l'induction tirée du texte des Institutes qui assimile presque complètement la donation *mortis causa* au legs. C'est à coup sûr une base peu solide, car il est facile de signaler de nombreuses différences entre ces deux sortes de libéralités. Aussi, le système contraire me paraît plus juridique.

Deux motifs m'engagent à décider ainsi :

Tout d'abord il importe de remarquer que le § 10 aux Institutes, *De hered. instit.*, II, 14, qui semble bien destiné, dans la pensée de son auteur, à donner une énumération complète des cas où les conditions impossibles et illicites sont réputées non écrites, ne fait aucunement mention de la donation à cause de mort.

En second lieu, il est certain que les motifs tout spéciaux de la décision des textes relative à l'effet des conditions impossibles ou illicites, ne peuvent s'appliquer à la donation *mortis causa*. Le texte de Cicéron relatif à la transmission des *sacra privata* (2) nous permet

(1) Frag. 39, Dig. *De jurejur.*, XII, 2.

(2) *De leg.*, II, 19.

d'affirmer que le donataire à cause de mort ne fut jamais un continuateur du culte privé. Il n'y avait donc aucune raison pour appliquer à la libéralité qui nous occupe la règle exorbitante que l'on connaît.

Ces observations me permettent de résoudre immédiatement une question voisine dont la solution dépend des mêmes principes.

La donation entre époux, si l'on se place à l'époque postérieure à l'*Oratio Antonini*, présente une grande analogie avec la donation *mortis causa*. Les partisans du système que j'ai essayé de réfuter en concluent que les conditions impossibles ou illicites furent, à partir de cette époque, réputées non écrites dans la donation *inter virum et uxorem*.

Cette opinion me paraît inadmissible. La décision des textes, restreinte à l'origine à l'institution d'héritier, ne fut étendue aux legs, aux fidéicommiss et aux affranchissements que dans un intérêt de simplicité et de clarté, pour appliquer à l'ensemble des dispositions testamentaires une règle unique (1). Il est donc absolument certain que dans toute libéralité où les motifs originaires de la règle sont inapplicables, on s'en tint à la décision rationnelle que l'on appliquait aux actes entre vifs. Une analogie lointaine entre la donation entre époux et le legs, ne suffisait certes pas à faire étendre une règle qui ne fut appliquée aux legs, ne

(1) *Suprà*, p. 49 et suiv.

l'oublions pas, qu'après une controverse longue et acharnée entre les deux écoles.

Toute cette argumentation étant applicable aux donations *a parentibus in liberos factæ*, je leur applique sans hésitation la règle des actes entre vifs.

Mais je déciderai autrement au sujet du *testamentum parentum inter liberos*, qui ne diffère du testament ordinaire que par la forme.

J'étendrai même cette nouvelle décision au partage que le père de famille peut faire de ses biens entre ses enfants; partage qui, si nous en croyons Ulpien (1), ne doit pas être considéré comme une donation entre vifs, mais bien comme un véritable testament (*supremum judicium*).

L'expression dont se sert Ulpien et qui se retrouve dans plusieurs textes, est à noter. Elle cadre parfaitement avec la nature religieuse de l'institution d'héritier, destinée à attribuer, par un véritable *jugement*, l'honneur de la charge des *sacra* à l'héritier le plus digne. C'est ce qui nous explique qu'elle soit synonyme du mot *testamentum*.

Ce n'est pas seulement, d'ailleurs, l'expression que le jurisconsulte emploie qui me détermine à voir dans le partage du père de famille un véritable testament. Des raisons plus juridiques militent puissamment en faveur de cette conception : le partage, pour être valable, ne

(1) Fr. 20, § 3. Dig. De fam. ereisc., x, 2.

doit contenir aucune violation des règles relatives à la réserve légitime et à la quarte Falcidie (1). Cette décision nous montre bien que l'acte qui nous occupe se confond presque entièrement avec le testament, et doit, par suite, en admettre toutes les règles.

Il ne me reste plus qu'à examiner une question sur laquelle on a beaucoup discuté, mais qui ne me paraît pas présenter de difficulté sérieuse.

S'appuyant sur le paragraphe 1^{er} du fragment 4, *De statuliberis* (2), des commentateurs ont soutenu que la condition impossible n'était pas réputée non écrite dans les affranchissements testamentaires, mais qu'elle les annulait comme les actes entre vifs.

J'ai déjà eu occasion de parler du texte de Paul que l'on invoque à l'appui de cette opinion (3); cela me dispensera d'insister longuement. Ce texte n'a pas la portée qu'on lui prête. Il ne décide pas d'une façon générale que la condition impossible annule l'affranchissement, mais bien que toute disposition testamentaire doit être annulée lorsque l'intention libérale fait défaut. S'il est démontré en fait que la volonté du testateur a été subordonnée à la condition impossible, le juge a le devoir, ne l'oublions pas, de ne pas appliquer la présomption de la loi, et d'annuler la disposition tout

(1) L. 10. C. *De fam. ercisc.*, III, 36.

(2) Dig. XL, 7.

(3) *Suprà*, II^e partie, chap. I, p. 45.

entière, qui ne peut exister sans l'intention libérale (1).

Cette interprétation me paraît résulter d'une façon certaine des mots qui terminent le fragment : *quia nec animus dandæ libertatis est.*

(1) *Suprà*, 2^e partie, chap. I, p. 44 et suiv.

TROISIÈME PARTIE

Examen de quelques espèces particulières

Les caractères généraux des conditions impossibles, illicites ou immorales étant connus, il est intéressant de rechercher quelles étaient à Rome les principales dispositions auxquelles on ne pouvait déroger. Cette étude achèvera de préciser la théorie des conditions illicites qui sont souvent assez difficiles à reconnaître.

Les caractères des conditions impossibles et des conditions immorales étant plus saisissables, je ne parlerai pas de ces modalités dans cette troisième partie ; je dirai seulement quelques mots d'une condition immorale que les interprètes rangent à tort dans la catégorie des conditions illicites : la *conditio jurisjurandi*.

CHAPITRE PREMIER

DES CONDITIONS RELATIVES AU MARIAGE ET AU DIVORCE

Parmi les droits dont la loi protège avec raison le libre exercice, il faut placer au premier rang la faculté de contracter mariage.

Le mariage est la base même de la société puisque la famille ne peut exister en dehors des *justæ nuptiæ*. De plus, le mariage est à Rome, le moyen normal d'acquérir la puissance paternelle. Il n'est donc pas étonnant que la loi ait réputé illicite toute condition qui tend à restreindre cette faculté.

La condition absolue de ne pas se marier, fut toujours annulée sans difficulté (1). Aucune disposition n'est plus contraire à cette liberté essentielle que la loi romaine protégeait avec tant de sollicitude.

Pour des raisons faciles à saisir le fragment 79, § 4, *De cond. et demonst.*, XXXV, 1, annule les deux conditions suivantes : « *Titio patri centum, si filia, quam habet is in potestate, non nupserit, heres dato, — vel : filiofamilias, si pater ejus uxorem non duxerit, heres dato.* »

Le fragment 72, § 4, *éod. tit.*, prévoit l'hypothèse plus délicate où le légataire ne peut se marier sans l'avis ou le consentement d'un tiers : « *Si arbitrato Titii Seia nupserit, heres meus ei fundum dato.* » Le jurisconsulte décide avec raison que la condition est illicite parce qu'elle porte atteinte à la liberté du mariage. Cette solution doit être maintenue quelle que soit la personne chargée par le disposant de choisir un époux au légataire. Il peut se faire cependant que le tiers désigné présente toutes les garanties désirables au point de vue moral, et que son affection pour la personne gra-

(1) Fr. 100, Dig. *De cond. et demonst.*, xxxv, 1.

tifiée ait été le seul mobile ayant déterminé l'insertion de la condition. Il peut se faire, en un mot, que le but du disposant ait été essentiellement moral. La condition n'en est pas moins condamnée à disparaître ; le texte absolu que j'ai cité ne laisse aucun doute à ce sujet.

Cet exemple vient confirmer l'opinion que j'ai émise en repoussant la doctrine moderne qui valide toute condition conforme à la morale alors même qu'elle tend à restreindre l'exercice d'un droit qui intéresse l'ordre public (1).

La question de savoir si une clause est ou non contraire à la liberté du mariage est une pure question de fait à résoudre par le juge. C'est ainsi que la condition : *si Aricie non nupserit*, est considérée comme illicite, s'il est probable que le gratifié ne pourrait pas se marier facilement dans un autre lieu (2). Il en sera de même dans l'hypothèse prévue par le fragment 63 pr., *De cond. et dem.* (3), s'il est démontré en fait que la clause est insérée en fraude de la loi, bien que, en général, ces conditions soient parfaitement licites comme l'atteste le jurisconsulte.

J'ai posé en principe que la condition de ne pas se marier est illicite au premier chef. Cette décision doit être toujours maintenue quand la prohibition s'adresse

(1) *Suprà*, I^{re} partie, chap. III, p. 19 et suiv.

(2) Fr. 64, § 1, *De cond. et demonst.*, xxxv, l.

(3) *Eod. tit.*

à un célibataire ; mais il n'en est pas de même de la défense de se remarier imposée au survivant de deux époux. A l'origine, la loi *Julia Miscella* oblige la veuve qui a reçu une libéralité de son mari sous la condition qu'elle ne se remariera pas, et qui se dispose à contracter une nouvelle union dans l'année du décès du testateur, à jurer que ce second mariage n'a d'autre but que la procréation des enfants. Le délai d'un an une fois écoulé, la condition produit son plein et entier effet.

Il résulte de cette disposition quelque peu bizarre que la condition n'est réputée illicite que pendant l'année du décès. Il ne faut voir dans cette décision qu'une règle de droit positif impossible à justifier en raison. Elle fut d'ailleurs abrogée par Justinien qui valide d'une manière absolue la défense de contracter un second mariage (1).

Cette innovation ne doit pas nous étonner. La condition de ne pas se remarier tend, il est vrai, à restreindre l'exercice d'un droit d'ordre public, mais d'autre part la loi ne voit pas d'un œil très favorable les seconds mariages. L'on peut même affirmer que l'ordre social est intéressé à restreindre ces unions contraires à l'intérêt des enfants du premier lit. En validant la condition qui tend à les empêcher, Justinien apporte donc au droit commun une exception pleinement justifiée.

(1) Nov. xxii, cap. 44. Cf. L. 3, C. *De indict. vid.*, vi, 40.

Comme la faculté de contracter mariage, la faculté de rompre les *justæ nuptiæ* par le divorce est d'ordre public. Toute clause ayant pour but de provoquer au divorce est donc essentiellement illicite (1). Les développements que j'ai déjà eu occasion de fournir sur cette condition me dispensent d'y insister davantage (2).

Je ferai observer, en terminant, que toutes les conditions que je viens de passer rapidement en revue ne seront annulées que lorsqu'elles seront potestatives. Rien de plus licite que la condition : Que Seius soit héritier si Titius divorce. Il peut même se faire qu'une condition relative au mariage ou au divorce soit potestative sans cesser d'être licite. Je citerai l'exemple suivant d'après M. Bufnoir (3) : « Je prends votre maison à loyer pour toute ma vie si je ne me marie pas ; si je me marie, le bail prendra fin. »

La condition est licite, quoique potestative, parce qu'elle n'a pas pour but de provoquer le fait qu'elle prévoit.

CHAPITRE II

DES CONDITIONS RELATIVES A LA LIBERTÉ NATURELLE

La faculté d'aller, de venir, d'habiter dans le lieu qu'il nous plaît de choisir, est à coup sûr une liberté

(1) L. 2, C. *De inut. stip.*, VIII, 29.

(2) *Suprà*, I^{re} partie, chap. II, p. 16 et suiv.

(3) *Op. cit.*, p. 44.

essentielle. Le droit romain répute illicite toute clause restrictive de cette faculté. Cette décision est formellement exprimée par Papinien dans le fragment 71, § 2, *De cond. et demonst.*, XXXV, 1.

Pour que la condition soit annulée, il faut que l'atteinte portée à la liberté naturelle soit assez grave. Ainsi la condition de ne pas habiter un lieu déterminé ne porte pas une atteinte suffisante au libre arbitre du gratifié ou du contractant pour que la règle reçoive son application.

La condition imposée à une mère d'habiter toujours avec ses enfants a été, pour la même raison, reconnue valable (1). A tout prendre, cette clause ne porte pas atteinte à la faculté de choisir sa résidence, car, sans quitter ses enfants, la mère peut fixer, de concert avec eux, son habitation où bon lui semble.

Il convient de remarquer d'ailleurs que le jurisconsulte considère la condition comme accomplie par cela seul que la mère manifeste son intention de demeurer avec ses enfants et qu'elle ne fait rien pour les éloigner d'elle (2).

Le texte de Papinien qui prévoit la condition *ut a monumento meo non recedat* ou la condition *ut in illa civitate domicilium habeat* se termine par ces mots : *sed in defuncti libertis, alio jure utimur* (3).

(1) Fr. 72, pr. et 8, Dig. *De cond. et dem.*, XXXV, 1.

(2) Fr. 8, *In fine, eod. tit.*

(3) Fr. 71, § 2, *De cond. et dem.*, XXXV, 1.

Des interprètes en ont conclu que l'on pouvait toujours imposer valablement cette obligation à un affranchi dont la liberté mérite moins de protection que celle d'un ingénu.

J'avoue que j'éprouve des doutes sérieux sur l'exactitude de cette conception. Papinien fait certainement allusion à l'hypothèse que prévoit un autre jurisconsulte, Scévola, et dont la pratique offrait probablement de nombreux exemples : Le testateur léguaient des aliments et des vêtements aux esclaves qu'il affranchissait par testament et ajoutait cette clause : « *Quos libertos meos, ubi corpus meum positum fuerit, ibi eos morari jubeo, ut per absentiam filiarum mearum ad sarcophagum meum memoriam meam quotannis celebrent* (1). » Or, il est bon de remarquer que nous sommes en présence d'une clause toute spéciale, résultat d'une préoccupation religieuse dont j'ai déjà parlé longuement (2), et qui répondait à une idée à laquelle les peuples anciens attachaient une importance capitale (3). Je suis donc porté à croire que la décision du jurisconsulte est tout exceptionnelle et ne doit pas être généralisée.

Qu'y a-t-il d'étonnant du reste à ce que l'idée religieuse qui fit maintenir l'institution d'héritier entachée d'une condition impossible ou illicite (*suprà*, II^e partie,

(1) Fr. 18, § 5, Dig. *De alim. vel cib.*, xxxiv, 1.

(2) *Suprà*, II^e partie, chap. I, p. 38 et suiv.

(3) Voy. Francisque GREIFF, *De l'Origine du Testament romain* p. 17.

chap. 1), ait eu la vertu de valider, contrairement aux principes, la clause rapportée par le fragment de Scévola, surtout lorsqu'elle s'appliquait à des affranchis dont la liberté mérite peu d'égards aux yeux du jurisconsulte ?

J'en conclus que, lorsque ce motif puissant de déroger au droit commun ne s'applique plus, rien ne nous autorise à induire du fragment de Scévola, comme le font ordinairement les interprètes, que la condition d'habiter un lieu déterminé fut invariablement licite lorsqu'elle était imposée à un affranchi.

Il y avait du reste dans le cas spécial du fragment une raison décisive de valider la condition.

Il s'agit, dans l'hypothèse qu'il prévoit, d'esclaves affranchis par le testament. Or, le testateur, qui était libre de ne pas affranchir ses esclaves, pouvait, à coup sûr, leur conférer la liberté avec cette restriction : s'ils demeurent près de mon tombeau. En réalité, il y a là quelque chose d'analogue au cas où, dans notre droit moderne, un donateur soustrait l'objet donné à l'action des créanciers du donataire (1). Cette condition, nulle lorsqu'elle se trouve affecter un acte à titre onéreux, est pleinement valable dans l'acte à titre gratuit, parce que le disposant, qui était libre de garder sa chose, a pu la donner à un tiers sous la restriction qu'elle serait soustraite au droit de gage général des créanciers du gratifié.

(1) Voy. l'art. 582, al. 3 du Code de Procédure.

Cette interprétation est en harmonie parfaite avec les deux textes que j'ai cités, car Papinien, comme Scévola, semble bien restreindre la règle aux esclaves *affranchis par le testament (libertis defuncti)*.

CHAPITRE III

DE LA CONDITION DE NE PAS ALIÉNER

Il ne faut pas confondre la défense d'aliéner avec la condition d'inaliénabilité.

Cette dernière modalité tend à imprimer à un certain bien un caractère absolu, essentiellement opposable aux tiers.

Bien différente est la simple défense d'aliéner, qui consiste uniquement en une obligation de ne pas faire, obligation qui n'est pas opposable aux tiers et qui est imposée à une personne déterminée sous peine de résolution de l'acte intervenu, testament ou contrat.

Un exemple que j'emprunte aux textes rendra la différence plus tangible : Le fragment 4, § 1, *De cond. instit.*, XXVIII, 7, prévoit la condition, *si heres servum hereditarium non alienaverit*. Si la pensée du testateur a été de frapper d'inaliénabilité absolue l'esclave héréditaire, son intention est que l'aliénation consentie par

l'héritier soit radicalement nulle. Telle est la clause d'inaliénabilité.

Si l'on voit, au contraire, dans la condition une simple défense d'aliéner (ce qui est évident dans notre espèce), l'acte par lequel l'héritier institué contreviendra à la prohibition sera pleinement valable ; mais les cohéritiers ou les substitués pourront le contraindre par l'action *ex stipulatu* à restituer l'hérédité conformément à la promesse qu'il a dû faire en fournissant la caution Mucienne.

La clause d'inaliénabilité rentre évidemment dans la catégorie des conditions juridiquement impossibles. Il est de l'essence même des biens qui composent le patrimoine de pouvoir circuler librement ; les particuliers ne peuvent donc imprimer à ces biens un caractère absolu d'inaliénabilité que la loi ne reconnaît pas.

Cette impossibilité juridique a été méconnue par certains interprètes, qui ont cru voir, dans certains textes, la preuve que la prohibition d'aliéner était, dans certains cas, opposable aux tiers.

Cette opinion ne saurait être admise. La nature même de la clause d'inaliénabilité nous permet d'affirmer *a priori* qu'elle n'a jamais été validée par le droit romain.

Le texte le plus célèbre sur lequel on a voulu fonder cette théorie est le fragment 7, § 2, *De dist. pign.*, XX, 5 : « *Queritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit : et an*

pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita : ideoque venire possit? Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. »

Sans recourir aux corrections nombreuses que l'on a proposées pour mettre ce fragment en harmonie avec les principes généraux, je crois que l'on en a donné une explication satisfaisante en faisant observer qu'il s'agit probablement du cas où le gage ayant été constitué par le seul consentement, le débiteur est réputé posséder pour le créancier. Cette possession pour autrui est évidemment opposable aux tiers, de sorte qu'en cas de vente du gage, l'acheteur ne pourra exiger la délivrance de l'objet. Tel est, à mon avis, le véritable sens des mots *nullam esse venditionem*.

Si la clause d'inaliénabilité doit être proscrite, il n'en est pas de même de la simple défense d'aliéner.

La première question qui s'élève quand cette prohibition se rencontre dans un testament, est de savoir s'il s'agit d'un *nudum præceptum* ou d'une véritable défense. Dans le premier cas, l'héritier est évidemment libre de ne pas suivre le conseil du testateur. Dans le second cas, la défense d'aliéner est pleinement valable. Le texte de Marcien, d'où découlent ces deux règles, pose en principe qu'il y a défense d'aliéner et non pas simple conseil, lorsque le testateur a inséré la prohibition dans l'intérêt d'une personne déterminée (1).

(1) Fr. 114, § 14, Dig. *De leg.*, 1^o, xxx.

Ainsi, le droit romain ne répute pas illicite la défense faite à une personne d'aliéner un bien déterminé. Cette décision, qui est tout aussi certaine en matière d'actes entre vifs qu'en matière de testament (1), prouve que les Romains n'ont pas exagéré le principe de la libre circulation des biens.

CHAPITRE IV

DE LA DISPENSE DE RENDRE COMPTE

Tout administrateur du patrimoine d'autrui est tenu de rendre compte de sa gestion à l'expiration de son mandat. Cette disposition, lorsqu'elle s'applique au tuteur, est évidemment d'ordre public. Il en résulte que toute condition tendant à le dispenser de cette obligation est illicite.

Cette décision est formellement exprimée dans un fragment d'Ulpien : « *Julianus lib. XXI, Digestorum hujusmodi speciem proponit : quidam decedens filiis suis dederat tutores, et adjecerat, eosque aneclogistos esse volo ; et ait Julianus, tutores, nisi bonam fidem in administratione præstiterint, damnari debere, quamvis testa-*

(1) Fr. 135, § 3, Dig. *De verb. oblig.*, XLV, 1.

mento comprehensum sit, ut aneclogisti essent : nec eo nomine ex causâ fideicommissi quicquam consequi debent, ut ait Julianus, et est vera ista sententia : nemo enim jus publicum remittere potest hujusmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitus constitutam : damnum vero, quodcumque ex tutela quis senserit, et legari et per fideicommissum ei relinquî potest. »

Lorsqu'il ne s'agit pas d'un tuteur, mais d'un administrateur ordinaire, la dispense de rendre compte est parfaitement licite.

Cette solution est aisée à justifier : La loi n'a pas à protéger les personnes capables ; de plus, il ne faut pas oublier que la tutelle est à Rome un *munus publicum*, que les fonctions du tuteur sont une véritable charge publique, et que, par suite, les règles qui les régissent ont un caractère absolu auquel il n'est pas permis de déroger, caractère que ne présentent pas les fonctions du simple administrateur du patrimoine d'autrui. Hâtons-nous d'ajouter que la dispense de rendre compte, quand elle est licite, doit être entendue en ce sens que l'administrateur du patrimoine d'autrui ne peut jamais échapper aux conséquences de son dol ou de sa faute lourde.

Ces règles résultent de plusieurs fragments qui ont quelque peu embarrassé les commentateurs (1).

(1) L. 18, Code, *De fideicom.*, VI, 42.—Fr. 119, Dig. *De leg.*, 1^o, XXX.—Fr. 9., Dig. *De liberat. leg.*, XXXIV, 3.—Fr. 72, § 3, *De cond. et dem.*, XXXV, 1.

La plupart des interprètes ont été amenés, par la généralité des termes de ces divers textes, à conclure que la dispense de rendre compte est licite, même lorsqu'elle s'applique au tuteur. Cette interprétation ne peut prévaloir, à mon avis, contre les termes formels du fragment que j'ai, à dessein, rapporté dans son entier (1).

Une autre difficulté est née d'un fragment de Scévola. Ce jurisconsulte, prévoyant l'hypothèse où le tuteur fait un legs à son pupille, sous la condition *si hereditibus suis tutelæ causa controversiam non fecerit, sed eo nomine omnes liberaverit*, décide que cette clause est valable (2). Cette décision est évidemment contraire à la règle que j'ai cru découvrir dans le fragment d'Ulpien ; la dispense de rendre compte, toujours illicite quand elle s'adresse au tuteur, doit être *a fortiori* écartée quand le tuteur lui-même subordonne à cette condition une libéralité qu'il fait à son pupille, car cette libéralité a certainement pour but de dissimuler une faute lourde ou un dol dans l'administration des biens du mineur.

J'estime qu'il faut renoncer à trouver une explication rationnelle du fragment de Scévola, et qu'il ne faut y voir qu'une dérogation illogique à la règle générale que j'ai exposée. Je ne saurais, en effet, adopter l'explication proposée par quelques commentateurs, et qui consiste à dire qu'il y a, dans l'hypothèse qui nous oc-

(1) *Suprà*, p. 81.

(2) Fr. 26. Dig. *De liberat. leg.*, xxxiv, 3.

cupe, « offre implicite de rendre compte, ou si ce compte n'est pas demandé, offre d'un bénéfice quelconque », ce qui constitue « une véritable alternative dont les deux parties sont licites (1) ».

Il est certain, en effet, qu'il s'agit d'une alternative qui prévoit deux faits parfaitement licites, mais il n'en reste pas moins vrai que la clause a pour but de déterminer le mineur à renoncer à une faculté d'ordre public : le droit de demander des comptes à son tuteur. A ce titre, elle est illicite et doit disparaître.

L'auteur que j'ai cité oublie que les conditions illicites qui restreignent l'exercice d'un droit se ramènent souvent à une alternative dont les deux termes sont licites (2).

J'ai ainsi rapidement passé en revue les principales conditions illicites qui ont soulevé quelques difficultés parmi les interprètes du droit romain. Je suis loin, cela va sans dire, d'avoir étudié toutes les prescriptions auxquelles il n'était pas permis de déroger à Rome, et notamment j'ai laissé de côté bon nombre de conditions qui sont illicites comme restreignant l'exercice d'un droit essentiel. Je citerai, à titre d'exemple, la faculté de tester. Toute condition tendant à restreindre l'exercice de ce droit était rigoureusement proscrite. J'en trouve la preuve dans deux textes : l'un de Papinien, le fragment 77, § 24, *De leg.*, 2°, XXXI, et l'autre de Paul,

(1) VALOT, *Thèse*, pages 71 et 72.

(2) Je développerai longuement ce principe en droit français.

le fragment 74, *Ad senc. Trebell.*, XXXVI, 1. Dans le premier de ces textes, Papinien nous dit formellement que la clause *ut testamentum non faciat*, est contraire à la loi (*derogare juri*).

CHAPITRE V

DE LA CONDITION JURISJURANDI

J'ai déjà eu occasion de dire quelques mots de cette condition (1) ; il me faut maintenant l'étudier à fond et m'efforcer d'en pénétrer le caractère.

Lorsqu'un testateur impose à la personne qu'il gratifie la condition de s'engager par serment à accomplir un fait déterminé, on dit qu'il y a *conditio jurisjurandi*. Cette condition ne produit pas son effet dans les termes du testament. En vertu de l'édit du Préteur, elle est transformée en une simple obligation d'accomplir l'acte que le serment avait pour but de déterminer, obligation dont l'exécution est assurée par des actions utiles.

Ulpien, dans le fragment 8, pr. *De cond. instit.*, XXVIII, 7, expose avec une netteté remarquable les motifs de cette décision :

La condition *jurisjurandi* a deux inconvénients ; tout d'abord elle pousse au parjure en offrant au gratifié

(1) *Suprà*, II^e partie, chap. III, p. 64.

un moyen facile d'obtenir le bénéfice de la libéralité sans se soumettre à l'obligation que le testateur a voulu lui imposer. Il lui suffit en effet de prêter serment pour que la condition soit accomplie, sans que ce serment ait pour effet de l'obliger légalement à se conformer à l'intention du testateur. — En second lieu, l'on peut craindre que des individus timorés, éprouvant quelque scrupule à prendre la divinité à témoin, ne perdent le bénéfice que le testateur a voulu leur assurer, en se refusant à prêter serment.

Le Préteur, en effaçant la condition pour la remplacer par l'obligation pure et simple de se soumettre à la charge imposée, concilie, dans la mesure du possible, la volonté du disposant et l'intérêt des légataires.

Les motifs de l'édit étant connus, il faut rechercher dans quelle catégorie il convient de ranger la condition *jurisjurandi*.

Parmi les deux inconvénients que présente cette condition, un seul était de nature à la faire écarter. Je veux parler de l'invitation au parjure qu'elle contient. La seule considération des scrupules que l'on peut éprouver à prendre la divinité à témoin était, à mon sens, insuffisante pour justifier la disposition exorbitante de l'édit. C'est donc en s'attachant au premier motif qui inspira le Préteur qu'il faut rechercher la nature juridique de la condition spéciale qui nous occupe.

Nul doute, si l'on admet ces prémisses, que la condition est annulée comme immorale. Elle est immorale

parce qu'elle tend à provoquer un acte, — le parjure, — que la conscience réprouve. C'est donc à tort que la plupart des auteurs la présentent comme illicite.

Ce caractère immoral de la condition *jurisjurandi* devait avoir pour effet de la faire proscrire d'une manière absolue dans tous les actes juridiques. Nous pouvons donc nous étonner à bon droit que la disposition de l'édit soit restreinte aux actes de dernière volonté (1).

Cette anomalie est d'autant plus surprenante que le droit prétorien sanctionne par voie d'action ou d'exception le pacte de serment.

Rappelons brièvement ce que l'on entend par pacte de serment :

Deux personnes sur le point de porter en justice leurs prétentions réciproques peuvent faire la convention suivante : Celle qui se prétend créancière offre à son prétendu débiteur, qui accepte, de le tenir quitte s'il consent à jurer qu'il ne doit rien. La prestation de serment permet au débiteur d'opposer victorieusement à son adversaire l'exception *jurisjurandi* si celui-ci, au mépris de la convention, porte sa demande en justice.

Il est certain qu'il s'agit dans cette hypothèse d'une condition tout aussi immorale que la condition *jurisjurandi*. Le créancier offre de renoncer à sa prétention si le débiteur jure qu'il n'est rien dû, il y a donc invita-

(1) Fr. 8, *De cond. instit.*, xxviii, 7. — 39, *De jurejur.*, xii, 2.

tion au parjure ni plus ni moins que dans le cas où je lègue cent à Titius s'il jure de vendre sa maison à Sempronius. L'édit consacre donc, semble-t-il, deux décisions absolument contradictoires.

Cette apparente contradiction peut s'expliquer par les considérations suivantes : La condition *jurisjurandi* ne tend pas directement à provoquer le parjure comme le ferait la condition « je lègue cent à Titius s'il se parjure ». Elle peut en effet s'accomplir sans que celui à qui on l'impose soit obligé de méconnaître son serment pour obtenir l'émolument que le contrat ou le legs lui procure. Il s'en suit que l'on peut, sans heurter les principes de la morale, la maintenir dans certains cas. Comme d'autre part le pacte de serment a l'immense avantage de tarir une foule de procès, le Préteur, pour ne pas renoncer aux avantages de ce pacte, fut naturellement amené à le valider, et par contre-coup à admettre la condition *jurisjurandi* dans les actes entre vifs, *afin de ne pas appliquer dans une même catégorie d'actes juridiques deux règles contradictoires*.

Le pacte de serment ne pouvant trouver son application en matière d'actes de dernière volonté, ce motif ne s'applique plus ici, et l'on pouvait, sans contradiction, effacer la condition *jurisjurandi* qui présente certainement un danger sérieux.

Il n'en est pas moins vrai que la disposition de l'édit relative à la condition *jurisjurandi* est une décision de pure faveur, inspirée par des considérations d'intérêt

pratique, mais contraire en somme à la rigueur absolue des principes (1).

Une considération digne de remarque vient à l'appui de cette interprétation. Le fragment 97, *De cond. instit.* (2), prévoit le cas où la condition *jurisjurandi* est imposée à une communauté d'habitants. Dans cette hypothèse, la condition n'est pas effacée; elle sera réputée accomplie lorsque le serment aura été prêté *per quos municipii res geruntur*. Ce texte prouve bien que la condition *jurisjurandi* est maintenue dans certains cas et qu'elle n'est effacée que lorsqu'on peut craindre qu'elle ne pousse au parjure. Les représentants d'un municipe étant ordinairement des personnes considérables, ce danger n'existe pas dans l'espèce.

Je terminerai en faisant observer que l'édit du Préteur ne s'applique pas lorsque la condition *jurisjurandi* affecte un affranchissement testamentaire (3). La raison en est que, si l'on efface la condition, le bénéfice

(1) L'idée qui amena le Préteur à rejeter la condition *jurisjurandi* dans le testament et à la valider dans les actes entre vifs cadre bien avec l'esprit général du Droit romain, qui a une tendance marquée à établir des règles uniformes pour les actes entre vifs d'une part et les actes à cause de mort d'autre part, tout en consacrant des différences profondes et parfois inexplicables entre ces deux catégories d'actes juridiques. C'est cette tendance incontestable qui fit étendre aux legs, aux fidéicommiss et aux affranchissements la règle relative à l'effet des conditions impossibles ou illicites, qui, par ses motifs mêmes, devait toujours être restreinte à l'institution d'héritier.

(2) Dig. xxviii, 7.

(3) Fr. 12, pr. *De man. test.*, xl, 4.

de la libéralité ne peut être acquis au gratifié qu'en vertu du droit prétorien. Or le droit honoraire étant impuissant à conférer la liberté, l'esclave ne peut être valablement affranchi qu'en vertu du testament dont toutes les clauses doivent être, par suite, respectées.

APPENDICE

Des conditions résolutoires impossibles, illicites ou immorales

I. — ACTES ENTRE VIFS

Pour plus de clarté, je traiterai séparément des conditions résolutoires impossibles ou illicites dans les actes productifs d'obligations et dans les actes translatifs de propriété.

A. — Actes productifs d'obligations

Un principe domine toute cette matière, c'est qu'une obligation ne peut, en droit romain, être contractée *ad conditionem*. La raison en est que l'obligation ne pouvant s'éteindre par la seule volonté des parties, l'on doit nécessairement recourir à l'un des modes reconnus par le droit civil pour l'anéantir. Or la condition résolutoire ne figure pas parmi les modes d'extinction des obligations.

Ce motif de la règle permet d'en indiquer facilement les limites. Les contrats consensuels qui se résolvent, si les choses sont encore entières, par le mutuel dissentiment, admettent certainement la condition résolutoire, car aucun principe ne s'oppose à ce que la volonté de résoudre le contrat soit subordonnée à une condition.

Je viens de parler d'obligations et de contrats ; cela m'amène à faire une observation importante :

Il faut bien se garder de confondre l'obligation avec le contrat qui la fait naître. Il y a entre elles, toute la différence de l'effet à la cause. Ainsi, lorsqu'un contrat de vente intervient entre deux personnes, il faut soigneusement distinguer l'obligation du vendeur et celle de l'acheteur, du contrat consensuel qui leur a donné naissance. Cette observation présente un intérêt pratique considérable, car la condition résolutoire qui affectera les contrats consensuels aura indirectement pour effet d'anéantir les obligations qui en résultent, sans que l'on puisse voir dans ce fait une exception au principe général que j'ai formulé au début de ces développements.

Il résulte de ces prémisses qu'en matière d'actes productifs d'obligations, l'étude des conditions résolutoires impossibles ou illicites se trouve restreinte par la force même des choses aux contrats consensuels.

Aucun texte relatif à l'hypothèse où un tel contrat est affecté d'une condition résolutoire impossible ou

illicite ne nous est parvenu. Il nous faut donc résoudre la question à l'aide des principes généraux.

Si la condition résolutoire est impossible, cela revient à dire que la volonté de résoudre le contrat n'est pas sérieuse. Elle sera donc réputée non écrite.

Tout autre est l'effet d'une condition résolutoire illicite ou immorale. Si je vends ma maison à Titius pour un prix très avantageux en insérant cette clause : « La vente sera résolue si Titius ne commet pas tel délit », il est évident que le contrat est de nature à provoquer le fait que la condition prévoit. La conclusion que nous devons en tirer est que cette condition aura pour effet d'annuler la vente. Toute condition résolutoire qui tend à un but illicite ou immoral est donc une cause de nullité du contrat qu'elle affecte.

Cette différence d'effets des conditions impossibles d'une part, et des conditions illicites ou immorales d'autre part, montre bien que ces deux classes de conditions sont absolument distinctes au point de vue de leur nature, et qu'il ne faut voir dans la similitude ordinaire de leurs effets qu'un fait purement accidentel (1).

B. — Actes translatifs de propriété

L'on sait que la propriété ne put, jusqu'à Justinien, être transférée *ad tempus* ; mais à partir de l'innovation due à ce prince, la translation de propriété put vala-

(1) Comp. *suprà*, II^e partie, chap. II, p. 58 et suiv.

blement être affectée d'une condition résolutoire. Dans cette hypothèse, les règles que je viens d'exposer s'appliquent sans difficulté.

Aucune autre observation ne serait nécessaire sur cette matière des actes translatifs de propriété, si je n'avais à signaler une anomalie singulière dont il est difficile de donner une explication satisfaisante :

J'ai dit que l'obligation ne pouvait être contractée *ad conditionem* ; il s'en suit que si l'on se place à l'époque antérieure à l'innovation de Justinien, il faut dire que la condition résolutoire qui affecte une obligation ou une translation de propriété est, par elle-même et abstraction faite de l'événement qu'elle prévoit, absolument nulle ; mais, et c'est ici qu'apparaît l'anomalie, tandis qu'elle est réputée non écrite lorsqu'elle affecte une obligation, elle annule l'acte translatif de propriété.

Je crois pour ma part que nous sommes en présence d'une de ces bizarreries qu'il faut renoncer à expliquer, et que la solution du droit civil, en ce qui touche la condition résolutoire qui affecte l'obligation, est absolument contraire à la raison. Réputer non écrite cette condition, c'est assurément scinder la volonté des parties, car lorsqu'on stipule : *centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit* ? cela équivaut à la condition suspensive *si navis ex Asia non venerit*. Il est donc tout aussi peu rationnel d'effacer la première condition qu'il serait déraisonnable d'effacer la seconde. — Cela est si

vrai que le Préteur, corrigeant la rigueur du droit civil, accorde au débiteur l'exception *pacti conventi* ou *doli mali* si l'événement qui doit, dans l'intention des parties, faire disparaître l'obligation, vient à se réaliser (1). Grâce à ce procédé, l'on arrive en fait à ne pas scinder la volonté des parties.

Cette intervention du Préteur prouve péremptoirement, à mon sens, le peu de fondement logique de la règle admise par le droit civil.

II. — ACTES DE DERNIÈRE VOLONTÉ

La condition résolutoire n'est pas admise en principe dans l'institution d'héritier. Le motif en est que l'hérédité qui se compose de droits naturellement perpétuels (droits de propriété, créances, dettes, *sacra privata*) ne peut être acquise temporairement à l'héritier.

Cette règle que l'on exprime par la formule bien connue : *semel heres, semper heres*, paraît avoir été appliquée aux legs (2), et n'avoir reçu d'exception qu'en ce qui concerne le testament militaire.

Il en résulte que lorsqu'une condition résolutoire avait été en fait insérée dans une institution d'héritier en un legs, elle était certainement réputée non écrite.

Reste le cas où la condition résolutoire affecte une

(1) Fr. 44, § 2, Dig. De oblig. et act., XLIV, 7.

(2) Fr. 10, pr. De adim. vel tr., XXXIV, 4.

institution d'héritier contenue dans un testament militaire.

Dans cette hypothèse, la condition résolutoire considérée en elle-même est parfaitement licite. Elle ne devient impossible ou illicite que si l'événement qu'elle prévoit lui donne ce caractère. A défaut de textes, nous pouvons conjecturer que ce cas était régi par les principes généraux du testament, et qu'elle était simplement réputée non écrite.

DROIT FRANÇAIS

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION

Exposé et justification du plan

Il peut paraître rationnel d'étudier en premier lieu, comme je l'ai fait en droit romain, la nature et les caractères des conditions impossibles, illicites ou immorales, et de réserver pour plus tard l'étude de leurs effets dans les actes juridiques. Un examen approfondi ne tarde pas à démontrer cependant, qu'en droit français, une méthode toute différente s'impose. Il est difficile, en effet, d'étudier les diverses clauses qui doivent tomber sous le coup des textes qui prohibent les conditions impossibles, illicites ou immorales, sans connaître déjà la physionomie générale de ces textes, et surtout sans s'être bien pénétré de la théorie de la cause

qui les domine et limite leurs domaines respectifs. D'ailleurs, nous possédons déjà la notion de ces conditions, de sorte que nous pouvons sans inconvénient aborder dès maintenant l'étude de leurs effets que les articles 900 et 1172 déterminent avec exactitude.

Ces motifs m'ont amené à diviser mon travail en deux parties bien distinctes : la première sera exclusivement consacrée à la théorie de l'effet des conditions qui nous occupent ; la seconde aura pour objet les clauses qui doivent être considérées comme impossibles, illicites ou immorales. J'étudierai en outre, dans un appendice, les réformes que j'estime devoir être apportées au système que les rédacteurs du Code civil ont adopté.

La première partie, consacrée à l'effet des conditions impossibles ou illicites, comprendra deux chapitres. Je traiterai dans le premier des actes à titre gratuit, et dans le second des actes à titre onéreux. Cette méthode se justifie d'elle-même si l'on songe que l'effet des conditions que nous étudions varie suivant qu'elles affectent un acte de disposition ou un acte intéressé. Le Code civil s'est en effet écarté, — je le dis dès maintenant, — de la tradition du droit romain et de l'ancien droit qui distinguaient entre les actes de dernière volonté et les actes entre vifs, et a étendu à tous les actes de disposition la règle que les textes du droit romain appliquent, pour les motifs que l'on sait, aux actes à cause de mort : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, dit l'article 900, les conditions impossibles, celles qui

seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. »

Pour une raison analogue à celle qui me détermine à exposer l'effet des conditions illicites avant d'étudier leurs caractères, j'ai cru devoir placer l'étude de l'article 900 avant celle de l'article 1172. Cette raison est la suivante : Afin d'assigner à nos deux textes leurs limites exactes, il faut, — je ne saurais trop insister sur ce point, — connaître à fond les hypothèses toutes spéciales où une condition peut avoir pour effet de transformer une libéralité apparente en un acte à titre onéreux (1) ; or les développements que je compte fournir sur ce point trouvent nécessairement leur place dans le chapitre consacré aux actes à titre gratuit.

La seconde partie de ce travail, consacrée à l'étude des conditions impossibles, illicites ou immorales se divise tout naturellement en trois chapitres distincts correspondant à ces trois catégories de conditions. Celui de ces chapitres où je traiterai des conditions illicites comportera des développements assez étendus. J'essaierai en effet de présenter un commentaire concis mais complet de toutes les conditions illicites, et pour atteindre ce but je les classerai avec soin.

Ce n'est pas le procédé généralement employé. La plupart des auteurs qui ont traité le sujet ont parcouru les diverses matières du droit en examinant sous cha-

(1) Voy. *infra*, p. 149 et suiv.

cune d'elles les conditions illicites qui s'y rapportent.

Cette méthode ne sera pas la mienne. J'essaierai, au contraire, d'établir une classification rationnelle des conditions illicites et d'en condenser la théorie dans quelques formules claires et précises qui se dégagent à mon sens de l'ensemble des décisions de la doctrine et de la jurisprudence.

Cela explique que je me sois borné, en droit romain, à exposer les principales questions sur lesquelles les interprètes ont discuté jusqu'à ce jour, sans recourir à aucune classification des conditions illicites. J'ai ainsi laissé la question absolument entière, et j'ai la ferme conviction que mon exposé y gagnera en clarté et en précision. D'ailleurs, il eut été bien difficile de justifier une classification quelconque des conditions illicites en droit romain, étant donné que les textes nous fournissent peu d'exemples pratiques, et surtout qu'ils sont muets sur quelques catégories de conditions illicites d'une certaine importance.

Mon plan se trouve ainsi suffisamment justifié, et je m'empresse de clore ces observations préliminaires, car j'ai hâte d'aborder l'étude de mon sujet, et surtout de mettre en lumière, dès le début de mon travail, les caractères véritables de l'article 900.

PREMIÈRE PARTIE

Théorie générale de l'effet des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs

CHAPITRE PREMIER

DES ACTES A TITRE GRATUIT

L'effet des conditions impossibles, illicites ou immorales dans les actes à titre gratuit est réglé par l'article 900 dont nous connaissons déjà la teneur (1). Pour bien pénétrer les caractères de ce texte et pour en fixer le domaine d'application, il est indispensable de rechercher ses origines, soit dans le droit ancien, soit dans le droit intermédiaire.

Ce sera l'objet de notre première section.

(1) *Suprà*, p. 100.

SECTION PREMIÈRE

Historique

L'ancien droit français adopta sans réserves la théorie du droit romain. Nous trouvons cette doctrine même dans les auteurs antérieurs au quatorzième siècle, époque de la renaissance du droit romain.

Beaumanoir l'expose avec une grande netteté dans son traité des *convenances* (1). Le grand jurisconsulte semble expliquer la différence d'effet des conditions impossibles ou illicites par cette considération que le légataire n'a pas concouru à l'insertion de la condition, que le donataire, ou plus généralement tout contractant, a au contraire formellement acceptée. Ce système a, l'on s'en souvient, trouvé des défenseurs de nos jours parmi des interprètes autorisés du droit romain (2).

Ricard ne voit dans la décision ancienne qu'une présomption de volonté du testateur, présomption qui, à ses yeux, admet certainement la preuve contraire : « Dans le combat d'une prétendue condition, qui ne » peut pas subsister et d'un legs qui a pour fondement » la volonté du défunt, il n'y a pas de difficulté que la » condition doit s'évanouir et le legs demeurer en sa

(1) Chap. xxxiv, n° 2.

(2) *Suprà*, p. 26 et suiv.

» force ; vu même que le testateur a témoigné qu'il
» aimait mieux que la chose appartînt au légataire,
» qu'elle demeurât dans sa succession : de sorte que
» n'ayant eu la pensée de lui ôter que dans l'évène-
» ment d'une condition qui se détruit de soi-même, il
» n'y a pas de doute qu'elle doit lui demeurer absolu-
» ment..... S'il apparaissait clairement que l'intention
» du testateur eût été de rendre le legs inutile par
» l'apposition d'une condition impossible, ou qu'il crût
» que la condition fût possible, je ne doute pas qu'en
» ce cas le legs devrait demeurer sans exécution ; non
» pas en vertu de cette condition, qui, comme nous
» avons dit, ne peut produire de soi aucun effet ; mais
» par la force de la volonté expresse, ou du moins pré-
» sumée du testateur par de puissantes conjectures,
» autres que celles qui naissent de la nature de la con-
» dition (1) ».

L'explication proposée par Ricard est exacte mais incomplète. Il est vrai de dire que la théorie romaine repose sur l'intention probable du testateur, mais il faut rendre compte du motif qui fit établir cette présomption de volonté, et ce motif, Ricard ne l'a pas découvert, pas plus que ses contemporains.

Lorsqu'il s'agit d'expliquer pourquoi la présomption inverse fut admise pour les actes entre vifs, Ricard

(1) *Dispos. condit.* 11, chap. v, sect. 2, nos 223 et 226, édit. de 1754.

reprend l'idée de Beaumanoir et semble trouver le motif de la différence dans ce fait que le donataire ou le contractant a participé à l'acte et accepté la condition : « Il s'ensuit des principes que nous venons d'établir » touchant les conditions impossibles qui se rencontrent dans les dispositions testamentaires, que la décision doit être contraire pour ce qui concerne les contrats suivis de stipulations ; d'autant que comme ces actes sont le travail de deux parties intéressées, elles sont présumées avoir travaillé sérieusement, et en conséquence la condition doit avoir son effet, non pas de soi, puisque, comme nous avons dit, elle n'en est pas capable, mais dans leur intention (1). »

Cette idée fut poussée jusqu'à ses plus extrêmes conséquences ; on en arriva à valider dans les actes entre vifs, des conditions que l'on annulait dans les dispositions testamentaires, par la raison bizarre « qu'elles sont l'ouvrage de la volonté des parties qui ont stipulé selon leurs vues et selon leurs intérêts (2) ».

Il est vraiment remarquable que des jurisconsultes éminents se soient rencontrés, à des époques diverses, dans une conception commune.

Furgole et Pothier se bornent à exposer la règle universellement admise sans en rechercher les motifs (3).

(1) *Dispos. cond.*, *ibid.*, p. 156, n° 228.

(2) FURGOLE, *Test.*, chap. VII, sect. II, n° 56, édit. de 1779.

(3) FURGOLE, *Test.*, chap. VII, sect. II, n° 30, éd. de 1779. — POTHIER, *Oblig.* II^e partie, chap. III, art. 1, § 2, n° 204.

Je ne puis abandonner l'étude de notre ancien droit sans faire observer que l'on voit apparaître chez nos anciens auteurs une théorie que j'aurai à étudier longuement à propos de l'article 900 (1) et qui voit dans l'annulation pure et simple de la condition illicite qui affecte un testament une *peine* dirigée contre le testateur. Cette théorie nous est révélée par Ricard dans le passage suivant: « Les termes de la loi *si quis eum* (2), » dit-il, que nous venons de citer, qui contiennent » un principe général de notre résolution, témoignent » assés qu'en cette occasion la condition est rejetée et » le legs exécuté dans la présomption de la volonté du » testateur, et non pas *comme ont voulu aucuns de nos* » *plus graves docteurs*, que la loi fasse subsister le » legs contre la volonté du défunt, en détruisant une » condition cessant laquelle, il n'avait pas voulu que la » disposition eût effet, *et ce en punissant sa témérité* » *d'avoir accompagné le legs d'une condition impossible et* » *dérisoire*. Et en effet, le testateur, en insérant une » condition impossible dans sa disposition, n'a pas com- » mis de délit, ni de quasi-délit, qui mérite cette puni- » tion de faire subsister un legs contre son intention. » De plus, lorsque le legs contient quelque chose de » vicieux, il peut bien par la disposition du droit romain » être déferé au fisc, ou à ceux à qui il eut appartenu

(1) V. *infra*, p. 124 et suiv.

(2) Dig. 37, *De cond. et dem.*, XXXV. 1.

» cessant la disposition, mais il n'y a point d'exemple
» dans lequel on voie qu'un legs demeure à un légataire
» contre l'intention du testateur ; il n'y a aussi
» que la volonté qui fait le testament, et si vous la
» détruisez, vous supprimez absolument la disposition
» (1). »

Tel était l'ancien droit à la veille de la Révolution. Le droit intermédiaire vint le modifier profondément ; le moment est venu d'étudier cette transformation importante qui aboutit à une théorie nouvelle dont le Code civil est l'expression dernière.

Dans la séance du 5 septembre 1791, le représentant Barrère demanda à l'Assemblée Constituante d'adopter immédiatement l'article 32 d'un projet de loi sur les successions dont elle avait été saisie et qu'elle avait renvoyé à la prochaine législature faute de temps pour le discuter. Cet article 32 était ainsi conçu :

« Toute clause impérative ou prohibitive qui serait
» contraire aux loix ou aux bonnes mœurs ; qui porterait
» atteinte à la liberté religieuse du donataire, héritier
» ou légataire ; qui gênerait la liberté qu'il a, soit de
» se marier même avec une telle personne, soit d'em-
» brasser tel état, emploi ou profession, ou qui ten-
» drait à le détourner de remplir les devoirs imposés
» et d'exercer les fonctions déferées par la Constitu-

(1) *Loc. cit.*, n° 225.

» tion aux citoyens actifs et éligibles, est réputée non
» écrite. »

Barrère soutenait que l'adoption immédiate de cet article était nécessaire afin de « poser de justes bornes aux préjugés et au despotisme » de quelques citoyens... « Autrement, s'écrie-t-il, les lois » de la nature et de la Constitution seront violées impunément; la haine de la Révolution se cachera » sous les formes respectables de la volonté des mœurs » rants ou de la générosité des donateurs ; des mariages » seront empêchés; les mœurs seront altérées; des » legs seront interceptés; des hérédités même seront » chargées de conditions impolitiques, immorales et » intolérantes; enfin l'aristocrate, l'intolérant et l'ennemi » des principes de notre Constitution commanderont encore dans le tombeau(1). »

Ces raisons parurent décisives à l'Assemblée qui adopta l'article 32 malgré l'opposition du représentant Martineau qui objectait que « l'objet de l'article de M. Barrère se trouve rempli par les anciennes lois romaines ».

Ce texte de l'article 32, que j'ai à dessein rapporté dans son entier, contient une innovation remarquable, tranchons le mot : une transformation complète du système romain et de l'ancienne jurisprudence française. Tout d'abord, la règle qui avait toujours été res-

(1) *Moniteur* du 6 sept. 1791, p. 1036.

treinte aux actes de dernière volonté est étendue à tous les actes à titre gratuit sans distinction. En second lieu, et c'est là ce qui constitue l'idée vraiment originale du système nouveau, la prohibition qui frappe les conditions illicites change de caractère. Ce n'est plus l'intention du disposant que le législateur prend pour guide ; ce qui l'inspire désormais, c'est une idée de *protection* pour l'ordre social et la Constitution menacés (1).

L'on dit souvent que la loi de 1791 édicte une *peine* contre le testateur ou le donateur ; ce point de vue ne me paraît pas exact : Il n'y a qu'une *précaution* prise contre eux, et non une peine qu'on leur inflige. J'en trouve la preuve dans la nature même du danger qu'il s'agit de conjurer ; si la condition illicite est effacée et la libéralité maintenue, c'est que ce parti est le seul qui permette d'assurer une protection efficace aux dispositions d'ordre public que la condition tend à entreindre. L'annulation de la libéralité tout entière ne serait qu'un remède impuissant, car le disposant peut, en fait, contraindre le gratifié à exécuter la condition en lui tenant ce langage : « Exécutez-vous, ou sinon je vous force à me restituer l'objet donné en invoquant la nullité de la libéralité. » Le seul moyen d'empêcher le disposant d'arriver par cette menace au but illicite qu'il

(1) Voyez les motifs de la loi exposés par Barrère, *suprà*, p. 109.

poursuit est d'annuler purement et simplement la condition, avec attribution définitive de l'objet de la libéralité au gratifié.

Ces considérations que les membres de la Constituante eurent certainement présentes à l'esprit lors du vote de l'article 32, démontrent péremptoirement à mon sens, que l'idée de peine n'inspira en aucune façon le législateur de 1791. Elles nous permettent au reste, de comprendre pourquoi cet article 32 ne parle pas des conditions impossibles. Le motif que Barrère exposait devant l'Assemblée, dans un langage si ferme et si net le 5 septembre 1791 ne leur est pas applicable. La précaution que la loi est obligée de prendre contre la volonté des disposants est superflue quand la condition est impossible, puisque l'inaccomplissement d'une telle condition est certain. Étendu aux conditions impossibles, le système de l'article 32 serait donc aussi inutile qu'injuste.

Cet article 32, — c'est là une conclusion à laquelle ses origines nous amènent fatalement, — est un texte essentiellement impératif, à la différence de la règle admise en droit romain que le juge pouvait toujours écarter, ne l'oublions pas, lorsqu'elle était en contradiction certaine avec l'intention du testateur (1).

L'œuvre de l'Assemblée Constituante fut reprise par

(1) *Suprà*, p. 45.

la Convention. Deux lois célèbres du 5 brumaire an II (art. 1^{er}) et du 17 nivôse de la même année (art. 12), adoptèrent la règle posée dans la loi des 5-12 septembre 1791. Il y a lieu de noter, que dans son désir ardent d'atteindre efficacement le but qu'elle poursuivait, la Convention avait attribué à la loi de nivôse un effet rétroactif en la déclarant applicable « aux actes passés même avant le décret du 5 septembre 1791 » (art. 12). Cette mesure extrême n'eut qu'une durée éphémère et fut rapportée par la loi du 9 fructidor de l'an III.

Toutes ces lois ne parlent que des conditions illicites ou immorales et gardent un silence calculé sur les conditions impossibles. Une erreur due à Cambacérès vint malheureusement changer cet état de choses parfaitement rationnel.

Cambacérès est l'auteur de trois projets de Code civil : Le premier, présenté à la Convention le 9 août 1793, frappait de nullité toute libéralité affectée d'une condition « impossible ou contraire aux bonnes mœurs (1). » Ce système n'avait rien d'illogique ; il subordonnait la libéralité à la condition dont la nullité devait entraîner celle de l'acte tout entier. Mais Cambacérès voulant mettre les deux autres projets de Code civil dont il est l'auteur en harmonie avec les lois de 1791 et de l'an II, assimila maladroitement les conditions impossibles aux conditions immorales ou illicites en proposant de les

(1) FENET, I, p. 52.

réputer non écrites. Cette inadvertance, qui passa dans le projet de Jacqueminot, devait avoir des conséquences regrettables car elle se retrouve dans l'article 900 du Code civil qui n'est que la reproduction des lois de la période révolutionnaire.

J'ai ainsi terminé l'étude des origines de l'article 900, le moment est venu d'examiner les dispositions qu'il contient.

SECTION II

L'article 900 ; ses caractères

Tout me porte à croire que l'article 900 n'est que la reproduction fidèle du principe inauguré par les lois que je viens d'étudier rapidement.

Je ferai observer tout d'abord, à l'appui de cette manière de voir, que les termes dont se sert le législateur de 1804 sont tout aussi formels et impératifs que ceux que nous lisons dans la loi des 5-12 septembre 1791 : « Les conditions contraires aux lois ou aux mœurs, dit l'article 900, *seront réputées non écrites* », « toute clause impérative ou prohibitive qui serait contraire aux lois ou aux mœurs, disait la loi de 1791, est réputée non écrite. »

Cette induction que je tire des termes mêmes de l'article 900 se trouve immédiatement confirmée par cette

considération que les rédacteurs du Code civil ont consacré l'assimilation opérée par les lois révolutionnaires entre le testament et la donation (1). On se souvient que l'ancien droit avait toujours assimilé les dispositions entre vifs aux actes à titre onéreux au point de vue de l'effet des conditions illicites et que le droit intermédiaire ayant eu conscience que le seul moyen efficace de rendre ces conditions inoffensives consiste à les annuler purement et simplement en maintenant la libéralité, étendit radicalement la théorie confuse de l'ancien droit à la donation. Cette théorie nouvelle qui subsista pendant la période intermédiaire tout entière, qui était encore en vigueur lors de la rédaction du Code civil, était certainement connue du législateur de 1804. Il s'agissait alors de choisir entre le système nouveau inauguré par la Révolution et le système ancien consacré par une jurisprudence séculaire, mais dont les motifs étaient restés insaisissables, et dont la longue existence ne pouvait s'expliquer que par l'autorité du droit romain. Cela étant, il serait puéril d'affirmer qu'un retour aux anciens errements ait pu avoir lieu sans combat; qu'il ne se soit pas trouvé en 1804 au sein du Corps législatif un seul défenseur de l'idée qui avait présidé à la confection des lois de 1791 et de l'an II. Si donc l'article 900 procède d'une idée opposée à celle qui inspira ces deux dispo-

(1) *Suprà*, p. 110.

sitions législatives, s'il répudie, en un mot, le système du droit intermédiaire, nous devons trouver les traces d'une lutte acharnée entre les défenseurs des deux systèmes entre lesquels il fallait choisir.

Il n'en est rien. — L'étude des travaux préparatoires nous amène au contraire à cette conclusion irrésistible que l'article 900 fut adopté sans contestation, comme l'expression d'idées désormais indiscutables et passées dans les mœurs.

Et d'ailleurs, comment admettre que l'article 900 abroge le droit intermédiaire pour revenir à l'ancienne jurisprudence, puisque la solution qu'il consacre diffère, en un point, de la règle ancienne ? Jamais nos anciens auteurs n'ont assimilé la donation au testament ; mes adversaires sont donc obligés de reconnaître que le Code civil admet, au moins en partie, la réforme que nous voyons apparaître pour la première fois dans la loi des 5-12 septembre 1791. Or, il est impossible de concevoir le motif qui aurait déterminé le législateur de 1804 à revenir aux errements du passé tout en étendant le domaine d'application d'une règle que nos anciens auteurs étaient restés impuissants à justifier (1). Du moment que l'on écartait la théorie parfaitement claire des lois de 1791 et de l'an II, l'on devait revenir purement et simplement à l'ancien droit, et si le législateur avait eu des motifs

(1) Comp. *Suprà*, sect. I, p. 104 et suiv.

sérieux de dénaturer ainsi la théorie ancienne, il est absolument certain, à mon sens, que ces motifs eussent été longuement discutés lors de la rédaction de l'article 900, et que cette discussion aurait laissé des traces.

Je conclus donc, sans hésitation aucune, que l'hypothèse d'une abrogation du principe consacré par la législation de 1791 est inadmissible. J'achèverai de le démontrer en examinant scrupuleusement les objections que l'on a opposées à l'opinion que je viens d'émettre.

M. Labbé, dans une note rapportée sous un arrêt de cassation du 17 juillet 1883 (1), la repousse en ces termes : « Des auteurs, en assez grand nombre parmi » les plus récents, et la jurisprudence, n'ont point » pensé que l'on pût attribuer au législateur de 1804, si » sage, si modéré, si enclin à suivre les suggestions de » l'équité et de la raison une intention aussi violente, » aussi radicale, aussi contraire aux principes purs que » celle conçue, audacieusement manifestée, adoptée en » 1791, au plus fort de la lutte entre deux régimes » politiques qui se succédaient et rompaient l'un avec » l'autre. Ces auteurs n'ont pas cru que cette volonté » législative, créant une donation différente de celle » construite par le propriétaire donateur, punissant » d'expropriation un dissentiment politique, érigeant

(1) SIREY, 1884, 1^{re} partie, p. 305.

» en délit le regret du passé, ait pu prendre place dans
» un Code civil destiné à durer et à produire l'apaise-
» ment des esprits dans la société. »

Avant d'aborder de front l'objection présentée avec tant de force par le savant professeur, je dois protester contre les expressions dont il se sert pour caractériser le principe posé dans la loi de 1791. Je crois fermement qu'il n'est pas vrai de dire que l'intention du législateur de 1791 est « violente et contraire aux principes purs ». Mes précédents développements ont mis en lumière l'inefficacité du système qui semble avoir les sympathies de M. Labbé et qui consiste à annuler toute disposition entre vifs ou testamentaire entachée d'une condition illicite. Ce système laisse au disposant un moyen facile d'arriver en fait, par l'exercice de l'action en nullité, au but illicite qu'il poursuit. Je ne puis donc me résoudre à voir dans la loi de 1791 une intention violente et contraire aux principes du droit.

Cette observation préliminaire se rattache par un lien intime à la réfutation que je vais entreprendre de l'objection développée par M. Labbé. Cette objection repose tout entière sur une conception fausse du système inauguré par la loi de 1791 : L'on part de ce principe que la solution qu'elle a consacrée est une mesure draconienne, une mesure de combat, « audacieusement manifestée, et adoptée au plus fort de la lutte entre deux régimes politiques qui se succédaient et rompaient

l'un avec l'autre, » et l'on en conclut naturellement que l'esprit conciliant des rédacteurs du Code civil répugnait à l'adoption d'une mesure semblable. Ce point de départ de mes adversaires ne me paraît pas tout à fait exact.

Le législateur de 1791, s'il s'est empressé d'édicter la disposition qui nous occupe dans un but purement politique, a parfaitement compris que le système de protection qu'il inaugurerait avait un champ d'application plus vaste, et devait être étendu à *toutes* les conditions contraires à l'ordre public ou aux mœurs. Ce serait une erreur étrange que de croire que cette loi de 1791 que l'on nous présente comme une mesure exclusivement politique ne s'appliquait pas à toutes les conditions illicites ou immorales. Bien au contraire, avant de présenter l'énumération des conditions spéciales qu'il entend frapper, énumération qui, j'en conviens, est l'indice de préoccupations exclusivement politiques, le texte pose en principe que « *toute* clause impérative ou prohibitive qui serait contraire aux lois et aux bonnes mœurs,..... est réputée non écrite ». Je suis donc autorisé à conclure que ce ne sont pas seulement des considérations politiques qui inspirèrent les membres de l'Assemblée Constituante lors du vote de la loi de 1791. L'on avait compris que le principe posé dans le projet était un moyen efficace de protéger la loi et les mœurs, et on l'adopta sans le restreindre aux conditions qui

étaient plus spécialement visées par le projet et que l'on crut devoir énumérer.

Si je suis ainsi parvenu à démontrer que la mesure adoptée le 5 septembre 1791 n'est pas aussi violente et contraire aux principes purs que mes adversaires veulent bien le dire, j'ai par là même émoussé l'objection qu'ils ont tirée de l'esprit conciliant des rédacteurs du Code. Cette objection disparaît complètement si l'on compare l'article 900 aux lois de la période intermédiaire. Cette comparaison prouve, d'une façon péremptoire, que si le législateur de 1804 a fait preuve de fermeté, il ne s'est pas pour cela départi de ses idées d'apaisement.

Toutes les lois révolutionnaires qui parlent des conditions illicites font allusion en termes formels à ces conditions irritantes que l'on voulait avant tout proscrire. Cette énumération, qui fait en somme double emploi avec la formule générale de conditions contraires aux lois ou aux mœurs, avait l'inconvénient d'entretenir les haines et de prolonger les luttes. Vient le Code civil ; l'apaisement se fait ; les principes de 1789 ont triomphé, le législateur fait une œuvre de conciliation, une œuvre durable ; aussi il s'empresse de supprimer dans l'article 900 l'énumération irritante que l'on rencontre dans les textes de la période révolutionnaire. Le texte « pâle et décoloré » de l'article 900, comme le qualifie un auteur (1), laisse dans l'oubli les

(1) BARTIN, *op. cit.*, p. 317.

luttres politiques dont on veut effacer la trace. L'opinion que je combats est donc mal venue à arguer de l'esprit conciliant des rédacteurs du Code pour repousser l'interprétation que je propose de l'article 900. Le législateur de 1804, par l'habile rédaction du texte nouveau, a su concilier l'esprit d'apaisement avec la nécessité de réprimer les attaques dont la loi peut être l'objet. Il a compris que l'annulation pure et simple de la libéralité entachée d'une condition illicite ou immorale laisse un vaste champ ouvert à la fraude, il a donc résolument adopté le principe des lois intermédiaires, mais en ayant soin d'écarter du texte où il le consacre tout ce qui pouvait rappeler les haines dont il poursuivait l'apaisement.

J'arrive ainsi à cette conclusion qui me paraît irrésistible, que s'il est vrai, dans une certaine mesure, de dire avec M. Labbé que les lois révolutionnaires « punissaient d'expropriation un dissentiment politique et érigeaient en délit le regret du passé (1) », ce reproche ne saurait être adressé à l'article 900. Les préoccupations politiques ont fait place en 1804 au seul désir de protéger les dispositions de la loi ou de la morale, et s'il est encore exact de dire que la loi « crée une donation différente de celle construite par le propriétaire », cette décision trouve sa justification dans l'idée de protection que je me suis efforcé de mettre en lumière.

(1) *Suprà*, p. 117.

Ces développements montrent combien il est étrange que l'on se soit précisément appuyé sur la différence qui sépare le texte de l'article 900 des textes des lois antérieures pour essayer de démontrer que cet article a abrogé le système adopté en 1791. On a voulu voir dans cette différence de rédaction l'indice d'un changement dans l'esprit du législateur. Cette idée est absolument contredite par les explications que je viens de fournir et par le silence des travaux préparatoires.

Il ne me reste plus qu'à opposer à l'opinion de mes adversaires un dernier argument non moins décisif que ceux que je viens de produire.

Le Code civil lui-même me fournit la preuve certaine que le but poursuivi par le législateur de 1804 a été la répression énergique de toutes les clauses contraires à la loi : Parmi les conditions illicites il faut ranger les substitutions que le droit intermédiaire avait prosrites avec la même rigueur que les clauses dont les lois de 1791 et de l'an II nous donnent une énumération sommaire. Or, la loi du 14 novembre 1792 qui avait prohibé les substitutions avait édicté une mesure assurément insuffisante en les réputant simplement non écrites. Le grevé restant en possession des biens légués, pouvait considérer comme une obligation morale de les restituer à l'appelé ; la prohibition de la loi risquait donc sous l'empire de la législation intermédiaire de rester lettre morte, et le besoin d'une sanction plus

efficace se faisait sentir. Les rédacteurs du code civil l'ont compris ; ils ont frappé de nullité toute disposition entachée de substitution (art. 896). Et l'on vient invoquer leur esprit de conciliation pour combattre le sentiment que j'ai émis ! L'article 896 n'est-il pas la preuve éclatante que cet esprit conciliant ne les a jamais arrêtés lorsqu'il s'agissait de protéger la loi contre les entreprises des particuliers, puisqu'ils ont édicté une mesure qui surpassait en rigueur les dispositions de la loi de 1792 ?

Je ne saurais passer sous silence une objection secondaire que l'on a faite au système que je défends. Cette objection repose sur l'assimilation faite par l'article 900 entre les conditions impossibles et les conditions illicites. Les motifs que j'invoque pour expliquer le texte sont inapplicables aux conditions impossibles ; les lois révolutionnaires les avaient pour cette raison volontairement omises. Mes adversaires en concluent que le code civil, en les comprenant dans l'énumération des conditions qui doivent être réputées non écrites, revient purement et simplement au système de l'ancien droit où les conditions impossibles, illicites et immorales, étaient traitées de la même façon.

J'ai répondu implicitement à cette objection dans la section précédente en exposant les origines de notre texte. On se souvient que cette assimilation des conditions impossibles aux conditions illicites est le résul

tat d'une inadvertance due à Cambacérès, qui, dans les divers projets de code civil qu'il présenta, parla malencontreusement de conditions impossibles (1). Il y a d'ailleurs une raison péremptoire de repousser l'objection : les projets de Cambacérès et de Jacqueminot étaient certainement conçus dans le même esprit que les lois de 1791 et de l'an II. Cela ne peut faire l'objet d'un doute si l'on se souvient que ces projets contenaient l'énumération de ces conditions irritantes que l'article 900 n'a pas reproduite. C'est donc bien par suite d'une erreur qu'ils mentionnent les conditions impossibles. Malheureusement, cette erreur passa inaperçue lors de l'adoption de l'article 900 dont les termes formels obligent le juge et l'interprète à appliquer aux conditions impossibles une règle qui ne se justifie que pour les conditions contraires aux lois ou aux mœurs.

Le caractère de l'article 900 me semble maintenant parfaitement déterminé. Ce texte est *impératif* ; il attribue la libéralité d'une manière définitive au gratifié en effaçant la condition impossible ou illicite, alors même que l'auteur de la condition aurait manifesté une intention contraire. En un mot, il scinde la volonté du disposant pour rendre plus inoffensive la condition qui tend à enfreindre des règles d'ordre public.

Cette conception est loin d'être universellement ad-

(1) Voy. *suprà*, p. 112 et suiv.

mise ; beaucoup d'auteurs ont méconnu ce caractère impératif de l'article 900. Mais ces jurisconsultes sont loin de s'entendre sur l'interprétation qu'il s'agit d'adopter, et l'on ne compte pas moins de quatre opinions distinctes. Je les étudierai brièvement.

Je me débarrasserai tout d'abord d'un système qui a rallié peu de suffrages et dont M. Delvincourt semble avoir été le premier défenseur. Dans cette théorie, l'article 900 apparaît comme une *peine* dont le législateur menace quiconque s'insurge contre ses prescriptions. Cette interprétation, qui a son origine dans l'ancien droit (1), se concilie assez bien avec la différence que l'on faisait alors entre l'acte entre vifs et l'acte de dernière volonté. L'acceptation de la condition de la part de celui à qui on l'impose, est un délit qui doit être puni par la nullité de l'acte, tandis que l'héritier ou le légataire qui est étranger à l'insertion de la condition, doit recueillir le bénéfice de la libéralité. Mais ce système se heurte à une difficulté insurmontable que M. Delvincourt ne manque pas de signaler lui-même : l'article 900 étant applicable aux donations comme aux autres contrats, l'on peut s'étonner « qu'un homme qui s'est formellement engagé à commettre une mauvaise action puisse venir demander le prix de sa turpitude (2) ». L'éminent jurisconsulte essaie de tourner la

(1) Comp. *suprà*, p. 107.

(2) DELVINCOURT, t. II, p. 400.

difficulté en limitant le domaine de l'article 900 en matière de donations au cas où le donataire a accepté la libéralité entachée d'une condition illicite « pour empêcher le donateur de s'adresser à une autre personne qui serait moins scrupuleuse (1) », et M. Delvincourt est ainsi amené à cette conclusion que si le donataire a exécuté la condition, la donation sera nulle, tandis qu'elle produira son plein et entier effet s'il se refuse à accomplir l'action mauvaise que le donateur lui a imposée.

La réfutation de ce système ingénieux n'est plus à faire. Je l'ai écarté implicitement en établissant le caractère véritable de l'article 900. Je me bornerai à faire observer qu'il aboutit à une distinction absolument arbitraire et inconciliable avec les termes formels du texte. J'ajoute qu'en dehors de l'hypothèse spéciale où le donataire a exécuté la condition illicite, la théorie de M. Delvincourt aboutit en somme au même résultat que l'interprétation que j'ai proposée, car elle reconnaît le caractère absolument impératif de l'article 900.

Un deuxième système auquel M. Bertauld a prêté l'appui de son autorité (2), attribue à l'article 900 un caractère purement interprétatif. La loi présumerait que la condition impossible ou illicite serait le résultat d'une erreur qui laisse entière l'intention libérale et

(1) DELVINCOURT, t. II, p. 400.

(2) Questions pratiques et doctrinales, t. II, p. 233, n° 307.

que l'on doit réparer pour se conformer aux intentions du disposant, qui, mieux avisé, aurait certainement supprimé la condition : « On suppose, dit M. Bertauld, que le donateur *s'est trompé* sur le caractère des conditions d'une exécution matériellement ou moralement impossible et que, sans son erreur ou son illusion, il eût affranchi sa donation des conditions auxquelles la loi fait obstacle, il eût donné purement et simplement(1) ».

La conception de M. Bertauld est évidemment fausse. Il est certain, à mon sens, que dans l'immense majorité des cas, le disposant a parfaitement conscience du but illicite qu'il poursuit. La présomption d'erreur ne peut être admise avec quelque vraisemblance que dans les cas où il s'agit d'une condition physiquement impossible, mais il serait puéril de soutenir que les conditions impossibles juridiquement, illicites ou immorales soient insérées en général par suite d'une erreur du disposant. Il suffit de jeter les yeux sur les recueils de jurisprudence pour se convaincre que le disposant subordonne presque toujours sa volonté libérale à la condition et que d'autre part, cette condition n'est en aucune façon le résultat d'une inadvertance de sa part.

Les deux opinions que je viens d'exposer ont jusqu'ici rallié peu de suffrages. Il n'en est pas de même de celle à laquelle je suis arrivé maintenant et qui a pour appui

(1) *Loc. cit.*

l'autorité de jurisconsultes tels que MM. Demolombe, Aubry et Rau, Troplong, etc. Dans cette opinion, comme dans celle que je viens d'examiner, l'article 900 est purement interprétatif; mais on ne fait pas intervenir ici l'idée d'erreur qui caractérise le système précédent : « La disposition de cet article, dit M. Demolombe, est fondée sur la *volonté du disposant* lui-même qui est présumé n'avoir pas voulu subordonner l'existence de sa libéralité à la condition impossible ou illicite qu'il y a mise (1) ».

Cette opinion, outre qu'elle est contredite par les explications que j'ai fournies sur les origines de l'article 900 (2), s'accorde mal avec l'esprit général du Code civil en matière de donations. L'on n'ignore pas en effet, que le législateur de 1804, a manifesté dans un grand nombre de textes une certaine hostilité contre les actes de disposition entre-vifs qu'il cherche à entraver le plus possible. Or l'opinion de mes adversaires est directement contraire à cet esprit général de notre droit puisqu'elle aurait pour effet de valider les donations dans une foule d'hypothèses où il aurait été facile de les annuler.

Mais il y a plus. Le système que je combats repose sur une pure affirmation qui est certainement contraire à la vérité des faits. L'on pose en principe que dans ces

(1) DEMOL, XVIII, p. 235, n° 205.

(2) *Suprà*, p. 113 et suiv.

actes de disposition. « La cause prédominante ; c'est » la volonté libérale du disposant ; sa volonté désinté- » ressée, libre, spontanée de conférer un bienfait à ce- » lui qu'il gratifie. Les conditions ou charges qu'il y » ajoute, dit-on, ne sont généralement que des clauses » accessoires, auxquelles, dans sa pensée la libéralité » elle-même n'est pas subordonnée, et qui n'empêchent » pas qu'il ne se propose toujours pour but prédominant » de gratifier le donataire ou le légataire (1). »

Il m'est impossible, pour ma part, d'admettre ces principes. Si le disposant entendait attacher une importance secondaire à la condition, il est évident qu'il se garderait bien d'employer la forme conditionnelle qui semble révéler l'intention de ne pas se dépouiller si la condition n'est pas accomplie 2). Le système que je combats ayant pour conséquence immédiate d'écarter l'article 900 chaque fois qu'il semble résulter des termes de la disposition que la condition est de rigueur, et, d'autre part, la forme conditionnelle étant par elle-même une présomption grave que telle a été l'intention du disposant, il en résulte que les éminents jurisconsultes que j'ai cités en arrivent à abroger purement et simplement l'article 900 dont les termes formels et impératifs protestent contre une semblable interprétation.

N'est-il pas évident d'ailleurs, que si la jurisprudence

(1) DEMOL., XVIII, p. 231, n° 202.

(2) Comp. LAURENT, *Principes*, XI, 575, n° 434.

adoptait définitivement leur manière de voir, la clause de rigueur deviendrait de style dans le testament comme dans la donation ?

Cela est décisif et me dispense d'insister davantage ; la théorie que je repousse est la négation même des dispositions de la loi.

J'ai ainsi épuisé la série des interprétations de la doctrine. Il ne me resterait plus qu'à examiner le quatrième et dernier système que l'on a proposé sur l'article 900 et qui est propre à la jurisprudence ; je crois devoir ajourner cette étude qui sera mieux placée dans la section suivante consacrée au domaine d'application de l'article 900.

SECTION III

Etendue d'application de l'article 900

L'article 900 règle l'effet des conditions impossibles ou illicites *dans les actes à titre gratuit*, telle est l'idée générale qui domine les développements qui vont suivre. Il en résulte que j'aurai à examiner avec soin la distinction parfois si délicate de l'acte à titre onéreux et de l'acte à titre gratuit. Mais je dois au préalable examiner en quelques mots la limitation que l'article 901 apporte à l'article 900.

§ I. — *Limitation de l'article 900 par l'article 901*

Il est des conditions dont l'excentricité peut faire présumer la folie du disposant. Les jurisconsultes romains nous en fournissent des exemples remarquables, et j'ai eu occasion de citer un texte très topique de Modestin, où le jurisconsulte décide qu'en présence de la condition « *si heres meus reliquias meas in mare abjiciat* », il y a lieu de rechercher si le testateur était sain d'esprit (1). L'article 901 qui dispose que pour faire une donation ou un testament il faut être sain d'esprit, apporte donc une limitation toute naturelle à l'article 900.

Dans l'hypothèse qui nous occupe, la condition ne sera pas seulement réputée non écrite ; l'acte tout entier sera annulé. Mais il importe de remarquer que ce n'est pas, à proprement parler, la condition qui annule la libéralité. Celle-ci disparaît faute de consentement, parce que la folie est destructive de la volonté.

Cette limitation de l'article 900 par l'article 901 reçoit rarement son application : les recueils de jurisprudence sont absolument muets sur ce point. Au surplus elle ne saurait soulever aucune difficulté, et les principes que je viens d'exposer n'ont jamais été contestés. Remarquons seulement que la loi pensait peut-être à ces conditions extravagantes dont le droit romain

(1) *Suprà*, p. 45.

nous donne de nombreux exemples, lorsqu'elle a édicté l'article 504 du Code civil qui dispose que :

« Après la mort d'un individu, les actes par lui faits
» ne pourront être attaqués pour cause de démence,
» qu'autant que son interdiction aurait été prononcée
» ou provoquée avant son décès, à moins que la preuve
» de la démence ne résulte de l'acte même qui est atta-
» qué. »

§ II. — *Limitation de l'article 900 par la théorie
de la cause*

Le domaine d'application de l'article 900, est rigoureusement restreint aux actes à titre gratuit : tel est le principe. Il en résulte que si un acte, faussement qualifié d'acte à titre gratuit par les parties, présente tous les caractères d'un acte à titre onéreux, les magistrats auront à appliquer non l'article 900, mais l'article 1172 du Code civil (1).

Il est parfois très difficile de distinguer l'acte à titre gratuit de l'acte à titre onéreux, notamment lorsqu'il s'agit d'une disposition entre-vifs subordonnée à une condition. Il arrive fréquemment en effet que la condition n'est au fond qu'une charge imposée au donataire,

(1) Nous verrons plus loin que l'article 1131 trouve aussi souvent son application en notre matière. *Infra*, p. 153.

charge qui a pour but de procurer au donateur l'équivalent de la libéralité apparente qu'il a faite, ce qui transforme la donation en un acte à titre onéreux. C'est au juge du fait, qu'il appartient de rechercher la véritable nature de l'acte qui lui est déféré, sans s'arrêter à la qualification que lui ont donnée les parties.

Ces principes généraux se trouvent consignés dans un arrêt de la Cour d'Orléans du 20 mars 1852 (1) où je lis le considérant suivant : « La prétendue donation » perd son caractère de libéralité proprement dite, « *qui seule pourrait, aux termes de l'article 900 du* » *Code Civil, la faire survivre à la nullité d'une clause* » *prohibée par la loi*, et rentre dans le cas prévu par » l'article 1172 du même Code... »

Malheureusement, lorsque la jurisprudence se trouve en présence d'un acte entaché d'une condition impossible ou illicite, elle applique une théorie bizarre que j'aurai à critiquer (2) et qui a pour effet, d'écarter l'article 900 dans une foule d'hypothèses où il doit certainement recevoir son application.

Cette observation me fait entrer au cœur du sujet, et m'amène à exposer dans son ensemble le système des arrêts dont j'ai ajourné l'examen jusqu'ici.

Ce système peut se résumer dans les deux propositions suivantes :

(1) SIREY, 1853, II, 13.

(2) V. *Infra*, p. 149 et suiv.

1° L'article 900 est un texte impératif;

2° Ce texte doit être écarté lorsqu'il est constant « que » la condition a été *la cause impulsive et déterminante de la libéralité.* »

La première proposition, qui se trouve formellement énoncée dans de nombreux arrêts, semble aujourd'hui admise d'une manière absolue tant par la Cour suprême que par les Cours d'appel. Elle se trouve formulée avec une grande netteté dans l'arrêt de cassation du 17 juillet 1883, (1) dont j'ai déjà eu occasion de faire mention : « Attendu, dit la Cour que, quels que soient les motifs » qui ont dicté cette disposition de la loi (l'art. 900), les » termes en sont clairs et précis ; qu'ils ne permettent » donc pas de faire exception pour le cas où l'auteur de » la libéralité aurait déclaré en subordonner l'effet à » l'accomplissement de la condition qu'il y a mise (2)... »

L'on voit que sur ce premier point la jurisprudence se trouve en désaccord absolu avec la doctrine, qui, l'on s'en souvient, ne voit dans l'article 900 qu'un texte purement interprétatif (3). Je ne puis, pour ma part, qu'approuver sans réserves cette première proposition que je me suis efforcé de justifier dans la section précédente. Par contre je ne puis me résoudre à admettre la seconde, qui semble cependant tout aussi solidement

(1) SIREY, 1884, 1^{re} partie, p. 305.

(2) Comp. Cass., 7 déc. 1885, *J. du P.* 1888, p. 14.

(3) *Suprà*, p. 124 et suiv.

établie et que les arrêts appliquent invariablement depuis une trentaine d'années. Le moment est venu de l'examiner et de rechercher la part de vérité qu'elle contient.

C'est un arrêt de Cassation du 3 juin 1863, qui semble avoir formulé le premier cette doctrine bizarre, que nous trouvons reproduite dans toutes les décisions judiciaires postérieures, et qui vient d'être appliquée encore tout récemment par la jurisprudence, le 27 février et le 8 avril 1889 (1).

Il s'agit tout d'abord de bien pénétrer le sens de cette formule abstraite : « L'article 900, ne s'applique pas lorsque la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité ».

Il me paraît certain que cette formule ne peut signifier que la libéralité doit disparaître lorsque la condition est de rigueur. L'entendre en ce sens serait prêter aux tribunaux une contradiction évidente, puisqu'ils posent en principe que l'article 900, est un texte impératif. D'autre part, il est impossible d'admettre que les arrêts entendent exprimer par ces mots « cause impulsive et déterminante », le motif de la disposition. C'est un principe universellement admis aujourd'hui que le motif d'un acte à titre gratuit comme d'un acte

(1) Besançon, 27 fév. 1889, *Gaz. du Pal.* 1889, 4^e rec. mensuel (avril), p. 515. — Cassation, 8 avril 1889. — *Gaz. du Pal.*, 1889, 5^e rec. mensuel (mai), p. 753.

à titre onéreux, ne peut avoir aucune influence sur sa validité, et je ne saurais admettre que la jurisprudence ait oublié les règles les plus élémentaires du droit au point d'annuler une disposition pour respecter les motifs qui l'ont inspirée. Le système des arrêts est donc tout autre. Les magistrats prennent le mot « cause » dans son sens technique, et s'ils annulent dans certains cas les dispositions entachées d'une condition impossible ou illicite, c'est que cette condition leur apparaît comme la *cause juridique* de ces dispositions. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux considérants des principaux arrêts, qui ont fait une application de la théorie que j'examine, et notamment à ceux de l'arrêt de cassation du 17 juillet 1883, qui parle de l'article 1131 du Code civil, preuve évidente qu'il s'agit bien de la cause et non du motif.

L'examen de cette théorie m'oblige à laisser de côté pour un moment la jurisprudence, afin d'examiner brièvement les principes relatifs à la cause dans les actes à titre gratuit.

La cause d'une donation, c'est uniquement l'intention libérale : « Dans les contrats de bienfaisance, dit M. Demolombe, la cause finale, c'est l'intention d'exercer une libéralité ou de rendre un service. *Il n'y en a pas d'autre, et il ne saurait y en avoir d'autre* (1) ».

(1) DEMOL., XXIV, p. 335 n° 352.

Ce sont là des principes certains et universellement admis. La confusion vient de ce que l'on ne se pénètre pas assez du caractère véritable de l'intention libérale. L'on est naturellement porté à ne voir dans cette intention qu'un sentiment de *pure bienveillance* du disposant à l'égard du gratifié. C'est là une grave erreur. Le plus souvent, le disposant en se dépouillant, n'obéit qu'à son intérêt *personnel*. Il désire par exemple et pour prendre une espèce fort simple, s'attacher par les liens de la reconnaissance une personne dont il prévoit que les services lui seront très utiles dans un temps plus ou moins reculé. L'intention libérale, ce n'est donc pas exclusivement la volonté désintéressée de l'homme qui se dépouille sans autre compensation que la satisfaction morale que donne une bonne action, c'est, et je ne saurais trop insister sur cette définition, *la conscience de n'obtenir aucun équivalent matériel, appréciable en argent, à la diminution que subit notre patrimoine par le fait de la libéralité.*

Quelques développements sont nécessaires pour justifier cette définition.

Il ne faut jamais perdre de vue que la cause d'un acte juridique c'est le but *immédiat* que la partie qui s'oblige ou qui aliène se propose d'atteindre en s'obligeant ou en aliénant (1). Or, le but *immédiat* que pour-

(1) Comp. DEMOL., xxiv, p. 330, n° 346.

suit le disposant, c'est de se dépouiller sans obtenir l'équivalent matériel de son appauvrissement. En effet, si l'obligation qu'il a assumée avait pour but d'obliger en retour le gratifié à lui fournir un équivalent matériel, le caractère gratuit de l'acte disparaîtrait certainement.

L'intention libérale n'est donc, en dernière analyse, que la conscience de n'obtenir aucun équivalent matériel, appréciable en argent, à la diminution que la libéralité fait subir au patrimoine; et à l'inverse, la cause de l'acte à titre onéreux, sera la conscience d'obtenir un équivalent matériel et appréciable en argent à l'obligation que l'on assume ou à l'aliénation que l'on consent.

J'emprunte ces définitions parfaitement claires à l'ouvrage de M. Martin que j'ai déjà eu occasion de citer plusieurs fois (1), mais je suis obligé de les modifier un peu. Le savant auteur définit en effet l'intention libérale : « La conscience, chez le donateur, de n'obtenir *aucun équivalent* à la transmission de propriété qu'il fait ou à l'obligation qu'il assume »; et la cause de l'acte à titre onéreux : « la volonté chez qui s'oblige d'acquiescer *un équivalent* en retour de son obligation (2). »

Ces définitions sont à mon sens incomplètes, car elles ne déterminent pas ce qu'il faut entendre par « équi-

(1) P. 362.

(2) P. 362.

valent ». Pour moi, cet équivalent est nécessairement *matériel et appréciable en argent*, tandis que les définitions que je viens de rapporter semblent bien impliquer que tout équivalent, fût-il simplement *moral*, suffit à imprimer à l'acte un caractère onéreux. C'est en effet l'opinion que M. Martin adopte formellement :

« L'on peut, dit-il, faire un acte à titre onéreux en vue de satisfaire un simple intérêt d'affection.....
« L'opinion contraire, ajoute-t-il, est une pure affirmation sans preuve, et qui me paraît en elle-même
« inexacte (1). »

J'avoue qu'il m'est impossible de partager cette manière de voir qui n'aboutit à rien moins qu'à confondre d'une manière absolue l'acte à titre onéreux et l'acte à titre gratuit.

N'est-il pas évident en effet que celui qui se dépouille gratuitement est toujours déterminé à le faire par un intérêt moral? Le donateur qui est mû par un sentiment de *pure* bienveillance, ne trouve-t-il pas dans la satisfaction morale qui résulte de sa libéralité l'*équivalent* de l'aliénation qu'il a consentie?

J'entends mes adversaires se récrier : l'acte à titre onéreux, objectent-ils, implique toujours une obligation ou une aliénation de la part des deux parties, il faut donc que le prétendu donataire ait contracté une

(1) P. 375, note.

obligation envers le disposant ou se soit dépouillé à son profit pour que le caractère gratuit de la disposition disparaisse ! A merveille ; mais alors toute donation faite *sub modo* revêtira le caractère d'acte à titre onéreux, car le *modus* n'est autre chose qu'une obligation que le donataire assume, et d'autre part le disposant a toujours *au moins un intérêt moral* à ce que cette obligation soit exécutée. De sorte que l'opinion que je combats n'aboutit à rien moins qu'à faire des articles 953 et suivants qui règlent les principes relatifs aux libéralités modales, des textes absolument inutiles. Mais il y a plus, et des considérations plus graves viennent encore accroître mes scrupules :

Si l'on admet la théorie dont M. Martin s'est constitué le défenseur, l'on est obligé d'accorder au disposant une action en justice sur le fondement d'un simple intérêt d'affection. Il est en effet de l'essence de l'acte à titre onéreux que chaque partie puisse contraindre directement son débiteur à exécuter l'obligation qu'il a assumée (art. 1184, 2^e alinéa) ; cette action directe en dommages-intérêts, M. Martin reconnaît lui-même « qu'elle fournit à tout acte à titre onéreux valable sa première et sa plus naturelle sanction (1). » Or si le créancier n'a qu'un intérêt moral à ce que son débiteur exécute l'obligation qu'il a contractée envers lui, l'on se trouve dans l'alternative : ou de lui refuser toute ac-

(1) P. 379.

tion directe, ou de lui accorder une action en justice sur le fondement d'un intérêt moral. Cela est absolument inadmissible. L'on ne peut, sans violer un des principes les plus certains de notre droit accorder à une personne une action qui ne repose pas sur un intérêt pécuniaire né et actuel (1). Cela est si vrai que chaque fois que la loi croit devoir accorder exceptionnellement une action destinée à sanctionner un simple intérêt moral, elle ne manque pas de consacrer *par un texte précis*, cette dérogation aux principes (2); et encore est-il bon de remarquer qu'elle se montre très circonspecte lorsqu'il s'agit de déroger au droit commun en cette matière, puisqu'elle refuse, dans l'article 187 du Code civil, l'action en nullité du mariage aux collatéraux qui n'ont qu'un intérêt moral à la faire prononcer.

L'objection est péremptoire et n'a pas échappé à M. Bartin; aussi fait-il tous ses efforts pour la réfuter. Voici en quels termes l'éminent jurisconsulte tente de répondre à l'argument qui découle des principes certains que je viens de rappeler : « La loi moderne elle-même, dit-il, témoigne en faveur de l'affirmation que » j'émets. Il me suffit de rappeler l'interprétation unanimement acceptée de l'article 1121 : On peut stipu-

(1) L'article 1119 du Code civil n'a pas d'autre raison d'être. Comp. DEMOL., XXIV, p. 198, n° 211.

(2) V. notamment art. 184 et 191.

» ler au profit d'un tiers, dit ce texte..... lorsque telle
» est la condition d'une *donation* que l'on fait à un
» autre. Tout le monde s'accorde à reconnaître que
» l'expression « donation » de l'article 1121 n'est nul-
» lement limitative (Demolombe, XXIV, n. 247, p. 233.
» Aubry et Rau, § 343 *ter*, note 17. — IV, 309) et l'on
» peut ériger en principe, grâce au puissant argument
» d'analogie que fournit l'article 1973, que, chaque
» fois qu'une personne s'impose vis-à-vis d'une autre
» une charge quelconque, aliénation ou obligation, à
» condition que celle-ci accomplisse une prestation en
» faveur d'un tiers, il naît un contrat dont cette per-
» sonne peut exiger et poursuivre l'exécution, bien
» qu'elle n'ait *aucun intérêt personnel* à cette exécution
» et que ce contrat réponde purement et simplement
» chez elle à un intérêt d'affection⁽¹⁾. »

Il me sera facile d'écarter cette objection lorsque j'aurai rappelé, en quelques mots, le principe posé dans l'article 1119 et l'exception que vient y apporter l'article 1121, sur lequel elle repose.

Le principe dont l'article 1119 fait l'application n'est autre que celui que je rappelais tout à l'heure et qui consiste à refuser toute action en justice à quiconque n'a qu'un intérêt moral à faire valoir : si je stipule de Pierre qu'il paiera 100 à Paul que je veux gratifier, l'obligation consentie par Pierre est nulle aux termes

(1) P. 375, note.

de l'article 1119, parce que *je n'ai aucun intérêt pécuniaire à l'exécution de cette obligation*. Modifions un peu cet exemple et supposons que je fasse une donation à Pierre à la charge par lui de payer 100 à Paul. Dans cette nouvelle hypothèse, l'article 1121 me permet d'actionner Pierre s'il se refuse à exécuter la charge que je lui ai imposée, car j'ai un intérêt pécuniaire certain à l'exécution de la condition. En effet, je puis, aux termes de l'article 953, obtenir contre Pierre la révocation de la donation que je lui ai faite s'il ne se soumet pas aux obligations qu'il a acceptées ; mais, et c'est là la conclusion importante à laquelle je veux arriver, l'article 1121 ne m'accorde qu'une action *indirecte en résolution*, et non une action *directe en dommages-intérêts*. S'il en était autrement, ce texte serait la négation même du principe posé dans l'article 1119 (1). Je

(1) Cela reste vrai lors même qu'il ne s'agit pas d'une donation modale, mais de tout autre contrat, car je partage l'opinion générale qui ne voit dans l'article 1121 qu'un texte purement énonciatif. Seulement, il me paraît certain que le stipulant n'aura jamais une action *directe en dommages-intérêts* pour contraindre le promettant à exécuter la prestation qu'il lui a imposée dans l'intérêt d'un tiers. Il pourra seulement demander, en cas de refus, la résolution du contrat conformément à l'article 1184 : « Dans la » vente que je fais de ma maison à Paul, dit M. Demolombe » (XXIV, p. 233, n. 247), je stipule qu'il servira une rente via- » gère de 1,000 francs à Pierre. C'est une partie du prix ! et si » Pierre ne sert pas la rente, je pourrai certainement, moi, ven- » deur, demander la résolution de la vente pour inexécution des condi- » tions. »

trouve d'ailleurs la preuve certaine de ce que j'avance dans ce fait que Pothier, dont les rédacteurs du Code ont entendu consacrer purement et simplement la doctrine, décidait ainsi : « Ce qui concerne l'intérêt » d'un tiers, dit le grand jurisconsulte, peut aussi être » *in modo* ; c'est-à-dire que, quoique je ne puisse pas » *directement* stipuler ce qui concerne l'intérêt d'un » tiers, néanmoins je puis aliéner ma chose à la charge » « que celui à qui je la donne fera quelque chose qui con- » cerne l'intérêt d'un tiers. Par exemple, quoique je ne » puisse pas stipuler *en mon nom directement*, que vous » ferez présent du thesaurus de Meerman à Jacques, je » puis vous donner utilement une somme ou toute » autre chose, à la charge que vous ferez à Jacques ce » présent.

» *Suivant les principes de l'ancien droit romain, l'effet » de cette condition se bornait à ce que, faute par vous » d'accomplir la charge sous laquelle vous avez reçu de » moi une somme ou autre chose, j'étais en droit de ré- » péter de vous ce que je vous avais donné (1).* »

Ces principes, qui me paraissent au dessus de toute controverse, mettent à néant l'objection de M. Bartin, Le savant auteur croit trouver dans l'article 1121 la preuve que le code civil accorde une action sur le fondement d'un simple intérêt d'affection : c'est là une erreur certaine. Le principe contraire est formelle-

(1) POTHIER. — Oblig. p^o 71.

ment écrit dans l'article 1119 et il reste acquis aux débats que l'action que l'article 1121 accorde au stipulant n'est qu'une action *indirecte en résolution*.

La conclusion s'impose : L'acte à titre onéreux implique nécessairement, de l'aveu même de M. Bartin, deux actions directes en dommages-intérêts destinées à procurer respectivement aux parties l'exécution de l'obligation contractée à leur profit ; il en résulte inévitablement que si l'obligation de l'une d'elles répond à un simple intérêt d'affection et n'a d'autre sanction que l'action indirecte en résolution, nous serons en présence d'une libéralité modale et non d'un acte à titre onéreux.

J'achèverai de démontrer le bien fondé de ma conception en raisonnant sur une espèce pratique, et je choisirai précisément l'exemple que M. Bartin invoque à l'appui de sa thèse. Mon contradicteur se réfère à l'hypothèse où un oncle a contracté une assurance sur la vie, au profit et sur la tête de ses neveux, et fait observer que l'oncle n'a aucun intérêt matériel à l'exécution d'un pareil contrat puisqu'il n'est civilement tenu ni de doter ses neveux, ni de leur fournir des aliments. « Ce contrat d'assurance, ajoute M. Bartin, et « l'obligation qu'il assume d'en acquitter les primes, « répondent par conséquent à un pur intérêt moral. « En a-t-on jamais conclu qu'une pareille opération fut « un acte à titre gratuit dans les rapports de l'oncle et « de la compagnie d'assurances ? »

Je réponds, sans hésitation aucune qu'il s'agit certainement ici d'une libéralité modale, et je l'établirai facilement.

Nul doute que le contrat dont il s'agit ne soit une application pure et simple de l'article 1121. Il en résulte que l'oncle n'aura d'autre action, pour forcer la compagnie d'assurances à s'exécuter que l'action indirecte dont j'ai longuement parlé. L'on ne peut, en effet, sans violer manifestement le texte et l'esprit de l'article 1119, lui accorder une action directe en dommages intérêts. Le contrat intervenu entre l'oncle et la compagnie est donc, à n'en pas douter, un acte à titre gratuit puisqu'un des éléments essentiels de l'acte a titre onéreux, la double action directe, ne s'y rencontre pas.

L'erreur de mes adversaires provient de ce qu'il paraît bizarre au premier abord d'attribuer le caractère de libéralité à un contrat où l'on ne rencontre aucun sentiment d'affection du disposant envers le gratifié. Cette considération ne doit pas nous égarer. L'intention libérale, je ne saurais trop le répéter, ne procède pas, le plus souvent, d'un sentiment de pure bienveillance; un motif intéressé amène souvent les particuliers à se dépouiller gratuitement, mais, encore un coup, ce motif ne peut avoir aucune influence sur la nature juridique de l'acte qu'il détermine.

Je terminerai par une observation décisive : J'ai cité

plus haut le passage où Pothier expose avec tant de netteté les principes qui m'ont servi à démontrer l'exactitude de mon opinion, et on se rappelle que le grand jurisconsulte nous propose l'exemple suivant : « Je » ne puis stipuler en mon nom directement que vous ferez » présent du trésor de Meermann à Jacques, mais » je puis vous donner utilement une somme ou toute » autre chose, à la charge que vous ferez à Jacques ce » présent (1) » Eh bien ! je mets mes adversaires au défi de trouver une différence quelconque entre cette hypothèse, où il s'agit bien certainement d'un acte à titre gratuit, et celle sur laquelle je viens de raisonner. J'estime pour ma part qu'il n'y en a aucune et que le contrat se ramène à ceci ; donation faite à la compagnie d'assurances d'une somme déterminée, à la charge par elle de payer à un tiers, le cas échéant, une somme également fixée et déterminée par les parties.

Notons en passant que les charges qu'un disposant impose, sont en général très-inférieures à l'émolument dont profite le gratifié, tandis que, dans notre espèce, elles l'absorbent presque en entier puisqu'il se restreint au profit que la compagnie espère tirer du contrat. Cette considération secondaire, qui a peut-être contribué à égarer mes adversaires, n'a évidemment rien à voir dans le débat.

(1) *Supra* p. 143.

Bref, le contrat qui nous occupe ressemble peut-être au premier abord à un contrat à titre onéreux, mais l'analyse attentive de ses caractères nous révèle sans aucun doute une libéralité modale.

Il ne me reste plus, pour achever la défaite du système proposé par M. Bartin, qu'à montrer les conséquences inacceptables auxquelles la thèse paradoxale qu'il essaie de justifier aboutit nécessairement.

Si la loi accorde une action directe en dommages intérêts sur le fondement d'un simple intérêt moral, il en résulte que le juge saisi de cette action aura à faire l'estimation du préjudice subi par le créancier, ce qui, dans certains cas, soulèvera des difficultés presque insurmontables. Ainsi M. Bartin pense que la condition imposée à une commune d'entretenir une école d'un caractère confessionnel peut transformer une donation en acte à titre onéreux. (1) Il en résulte invinciblement, si l'on se place à l'époque antérieure à la loi du 30 octobre 1886, que le disposant aura une action directe en dommages-intérêts pour contraindre la commune à exécuter cette obligation, car M. Bartin pose en principe que la condition pour transformer l'acte à titre gratuit en acte à titre onéreux, doit répondre à l'intérêt du donateur et engendrer cette action directe en dommages intérêts. (2)

(1) *Comp. infra* p. 175 et suiv.

(2) *Op. cit.* p. 371 et 372.

Le juge saisi de l'action devra donc estimer en argent le préjudice subi par le donateur qui n'a éprouvé d'autre lésion que la violation « d'un intérêt d'affection exclusive pour certaines doctrines très respectables en elles-mêmes. (1) »

Voilà une conséquence qui n'est pas faite pour recommander le système que je combats (2).

Les définitions que j'ai données de la cause dans l'acte à titre gratuit et dans l'acte à titre onéreux sont désormais pleinement justifiées, Le moment est venu d'examiner le système de la jurisprudence à la lumière des principes qu'elles consacrent.

La disposition est nulle, disent les arrêts, lorsque la condition illicite ou impossible est la *cause* de cette disposition. C'est là une erreur manifeste. Nous savons

(1) *Bartin op cit.* p. 373.

(2) Il faut d'autant plus se mettre en garde contre l'opinion que je viens de m'efforcer de réfuter, que c'est peut-être sous l'influence d'une idée analogue que la jurisprudence a adopté la formule que nous connaissons et en vertu de laquelle elle annule toute libéralité entachée d'une condition illicite lorsque cette condition en a été « la cause impulsive et déterminante. » En effet, si l'on admet qu'on peut faire un acte à titre onéreux en vue de satisfaire un simple intérêt d'affection, toute donation avec charge constituera un acte à titre onéreux, et dans ce cas, la charge sera bien la *cause* de l'obligation du disposant (comp. *infra*, p. 150 et suiv.). La formule des arrêts n'est donc, en ce qui concerne les libéralités modales, que l'application pure et simple du système de M. Bartin.

maintenant que la cause de l'acte à titre gratuit n'est autre chose que la conscience chez le disposant de n'obtenir aucun équivalent matériel et appréciable en argent à la diminution que subit son patrimoine par le fait de la libéralité. Il en résulte que la cause d'une libéralité ne peut jamais être illicite, ou, ce qui revient au même, qu'une condition illicite ne peut jamais être la cause juridique d'une libéralité.

En décidant ainsi, la jurisprudence fait donc une confusion regrettable entre la cause et le motif; elle entre dans le domaine psychologique qui, comme le dit très-bien M. Martin, « est un domaine fermé au jurisconsulte (1) ».

Je suis ainsi amené à condamner d'une manière absolue le système des arrêts tant qu'il s'agit d'une condition illicite au sens propre du mot. Mais il y a lieu de se demander si une *charge* illicite ne peut, dans certains cas, transformer en acte à titre onéreux une donation apparente dont elle devient la cause.

Je le crois fermement, et cela ne saurait faire l'objet d'un doute sérieux, car une charge peut très bien procurer au disposant l'équivalent matériel de sa libéralité. Il s'agit donc de déterminer les caractères qui devront se rencontrer dans le *modus* pour que la libéralité apparente perde son caractère gratuit. Je le ferai en raisonnant tout d'abord et pour plus de clarté sur le *modus* en

(1) *Op. cit.* p. 370.

général sans m'attacher d'une manière spéciale aux charges illicites auxquelles je reviendrai lorsque les principes généraux seront nettement dégagés.

Tout contrat à titre onéreux peut être présenté par les parties sous l'aspect d'une libéralité modale. Ainsi au lieu de dire : « je vous vends ma maison pour le prix de cent mille francs », je puis dire : « Je vous donne ma maison à la charge par vous de me payer cent mille francs. » Les expressions employées par les contractants ne doivent donc pas être prises en considération ; c'est aux caractères juridiques de l'acte que le juge devra s'attacher pour discerner sa véritable nature.

L'idée générale qui devra le guider est celle-ci : une libéralité modale apparente constituera un acte à titre onéreux lorsque la charge imposée représentera pour le prétendu donateur l'équivalent matériel et appréciable en argent de la donation qu'il a faite. Reste à préciser cette notion vague et quelque peu abstraite :

Nous savons que le contrat à titre onéreux suppose essentiellement : 1° Des prestations réciproques de la part des deux parties ; 2° Une action directe en dommages-intérêts appartenant à chacune d'elles et destinée à lui procurer l'exécution de l'obligation contractée à son profit.

Ces deux caractères doivent se retrouver dans la libéralité modale pour la transformer en acte à titre onéreux. Il en résulte : 1° que le fait dont l'exécution est

imposée au donataire doit répondre à l'intérêt du donateur, à son intérêt matériel s'entend, un simple intérêt moral étant à mes yeux insuffisant; 2° Que le donateur doit avoir eu l'intention de se réserver une action directe en dommages-intérêts contre le donataire pour le contraindre à s'exécuter. Ces deux caractères suffisent à mon sens, il n'est pas nécessaire, comme des auteurs l'ont pensé (1) que la condition imposée au donataire soit résolutoire.

Cette idée appelle quelques développements.

Dans l'immense majorité des cas le *modus* constitue une condition résolutoire; mais on peut parfaitement concevoir l'hypothèse où la libéralité n'est faite que sous la condition *suspensive* de l'exécution de la charge imposée. Un exemple le fera sentir: Un ascendant fait à ses enfants une donation de 20,000 francs à la charge par eux de lui construire une maison d'habitation dans un lieu déterminé, et stipule formellement que la somme de 20,000 francs ne sera due par lui que le jour où la charge acceptée par les donataires sera complètement exécutée. J'avoue que je n'aperçois aucune raison de rejeter cette clause parfaitement licite et qui a pour effet de transformer la charge en une condition suspensive. Je note seulement que l'hypothèse que je viens de construire paraît absolument ignorée de la pratique, et que l'on peut poser en principe que le

(1) Voy. notamment *Bartin op cit.* p. 372.

modus constitue ordinairement une condition résolutoire. Le donateur n'a d'ailleurs aucun intérêt à suspendre ainsi la naissance de son obligation ; l'action directe et l'action en révocation lui fournissent des moyens suffisants de contrainte contre le gratifié, d'autant plus que la révocation de la donation a pour effet de faire rentrer les biens donnés dans son patrimoine libres de toutes charges consenties par le donataire (art. 954).

Ces considérations m'amènent à conclure avec certitude que toutes les fois que le *modus* répondra à l'intérêt matériel du donateur et que d'autre part l'obligation du prétendu donataire se trouvera sanctionnée par une action directe en dommages-intérêts, l'acte aura été faussement qualifié de libéralité par les parties, et devra au contraire être rangé dans la catégorie des actes à titre onéreux.

Appliquons maintenant cette théorie générale aux charges impossibles ou illicites.

Lorsqu'une charge illicite réunissant les deux caractères essentiels que je viens d'étudier, transformera la disposition qu'elle affecte en un acte à titre onéreux, l'article 900, qui ne s'applique qu'aux libéralités, sera certainement écarté (1). Le caractère illicite de la condi-

(1) Bien que je me réfère constamment, dans l'intérêt de la clarté, aux charges illicites, il va sans dire que tous ces développements s'appliquent sans difficulté aux charges impossibles ou immorales.

tion aura donc pour effet, dans cette hypothèse, d'annuler l'opération tout entière ; telle est la conséquence certaine des principes que je viens d'étudier. Je dois seulement faire deux observations d'une certaine importance théorique.

Il convient tout d'abord de faire observer que ce n'est pas en vertu de l'article 1172 qui règle l'effet des conditions impossibles ou illicites dans les actes à titre onéreux que nous annulerons la prétendue donation modale, mais bien en vertu de l'article 1131. Ce texte dispose en effet que l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet ; or l'obligation du disposant a pour cause l'équivalent matériel que doit lui procurer l'exécution du *modus*, qui, par hypothèse, est illicite. Nous sommes donc bien dans le cas prévu par l'article 1131 du Code civil.

La seconde observation qu'il convient de faire est la suivante : Lorsque la charge est illicite, il est de toute évidence que l'action directe en dommages-intérêts que le disposant a entendu se ménager pour en obtenir l'exécution ne pourra réussir, puisqu'elle a pour objet un fait illicite ; mais il n'en reste pas moins nécessaire, pour que le caractère gratuit de la libéralité disparaisse, que ce prétendu disposant ait eu *l'intention* de faire naître cette action directe en l'absence de laquelle on ne peut concevoir d'acte à titre onéreux.

La part de vérité que contient le système de la juris-

prudence est maintenant fixée. L'on peut dire, avec les arrêts, que la condition peut, dans certains cas, constituer la *cause* de la libéralité; seulement nous nous garderons bien d'appliquer cette formule à une foule d'hypothèses où les tribunaux l'ont appliquée alors qu'il s'agissait évidemment d'actes à titre gratuit auxquels l'article 900 était applicable (1). Je crois même que l'on peut affirmer que parmi toutes les espèces auxquelles la jurisprudence a appliqué sa formule, aucune n'est à l'abri de la critique. Pour ma part, je n'ai trouvé dans les recueils aucun arrêt relatif à une charge illicite qui présente les deux caractères essentiels à la transformation de la libéralité en acte à titre onéreux. Il est cependant aisé de concevoir des exemples de charges semblables.

Je citerai tout d'abord l'hypothèse où le gratifié serait tenu de fournir pendant toute sa vie ses services au disposant. Nul doute qu'une telle condition ne soit illicite puisqu'elle est directement contraire à l'article 1780 du Code civil. D'autre part, il est certain qu'elle répond à l'intérêt matériel du donateur auquel elle épargnera certaines dépenses. Pour peu que celui-ci ait entendu, comme cela est probable, se réserver une action directe en dommages-intérêts pour contraindre le donataire à s'exécuter,

(1) V. notamment l'arrêt de cass. du 8 avril 1889 cité *suprà*, p. 57.

nous serons bien dans l'hypothèse prévue par l'article 1131.

Je citerai en second lieu la condition imposée à un successible par l'héritier du degré subséquent de renoncer à une succession non ouverte. La condition impose dans cette hypothèse un fait impossible (art. 791)(1) et répond certainement à un intérêt pécuniaire qui transforme le contrat de donation en contrat à titre onéreux.

Je pourrais multiplier ces exemples à l'infini ; mais je préfère m'en tenir à ceux-là qui suffisent amplement à achever la démonstration que j'ai entreprise.

J'ai supposé jusqu'ici que le *modus* procurait au disposant un émolument égal en valeur à la libéralité qu'il a consentie. Je dois m'élever maintenant à l'hypothèse plus délicate où cet émolument est de moindre valeur. Dans ce cas, il y a *negotium mixtum* ; l'acte peut se décomposer en deux contrats distincts, l'un à titre gratuit et l'autre à titre onéreux, et la question s'élève de savoir s'il faudra maintenir l'acte dans la mesure où l'intention libérale en est la cause et l'annuler pour le surplus. Ainsi si l'on suppose une donation de dix mille francs avec une charge illicite qui représente un équivalent de cinq mille francs, il y a lieu de se demander si la donation ne doit pas être maintenue pure et simple pour cinq mille francs.

(1) V. *infra*, p. 224 et suiv.

M. Martin, dont j'ai encore cette fois le regret de ne pouvoir partager l'opinion. pense que la condition doit être effacée et la libéralité maintenue *pour le tout*. J'avoue qu'une pareille décision me paraît tout aussi contraire à la logique qu'à l'équité. L'article 900 est à coup sûr un texte quelque peu draconien, dépouillent sans indemnité le donateur imprudent qui a inséré dans la donation une condition illicite, et loin de le restreindre dans les limites que lui assigne l'intérêt de conservation sociale qui le justifie, on l'étendrait, dans l'hypothèse qui nous occupe, à un acte à titre onéreux ! Cela est inadmissible.

La solution que je propose concilie au contraire, dans la mesure du possible, l'intérêt du donateur et l'intérêt de la société. En attribuant au donataire le bénéfice partiel de la donation, on enlève au disposant le moyen d'obtenir, par la menace de l'action en nullité, l'exécution de la condition illicite (1). D'autre part cette action en nullité, en tant qu'elle porte sur le contrat à titre onéreux que contient l'opération, ne présente aucun danger sérieux, puisque, si elle était exercée, le donataire retrouverait l'équivalent de ce que cette action lui ferait perdre (2).

La raison qui détermine M. Martin à adopter l'opinion contraire à celle que j'adopte est évidemment inad-

(1) Comp. *suprà*. p. 110 et 111.

(2) Comp. *infra*, chap. II, p. 165 et suiv.

missible : « Le donateur, dit-il, a voulu faire un acte » indivisible : et ce qui le prouve c'est que, dans sa » pensée, l'inexécution de la condition doit entraîner la » résolution de la donation tout entière. » La solution contraire ne doit être admise, ajoute M. Bartin, que « si le donateur avait expressément limité la résolution » de la donation à la fraction pour laquelle cette » donation n'est en réalité qu'un acte à titre onéreux (1) ».

Cela revient à dire que c'est par interprétation de la volonté du donateur que l'on doit attribuer tout l'émolument de la libéralité au gratifié en effaçant la charge illicite. Je professe le même respect que M. Bartin pour la volonté du disposant et c'est précisément pour cette raison que je ne partage pas l'avis qu'il émet. Que l'on consulte le donateur ; n'est-il pas évident qu'il préférera ne pas être dépouillé de la totalité des biens qui composent la donation et qu'il se serait certainement refusé à aliéner s'il avait prévu que la charge ne serait pas exécutée ?

L'opinion que je combats a d'ailleurs l'inconvénient d'être inexacte au point de vue juridique, car il y a certainement deux contrats absolument distincts, dont l'un, le contrat à titre onéreux a une cause illicite, ce qui a pour effet de l'annuler conformément à l'article 1131.

J'ai raisonné jusqu'ici sur tous les actes de disposi-

(1) *Op. cit.*, p. 382.

tion en général ; le moment est venu de faire à ce sujet une observation d'une importance capitale :

Une disposition testamentaire a toujours et nécessairement pour cause une intention de libéralité et ne peut jamais, à mon sens, se transformer en un acte à titre onéreux, quelles que soient les charges imposées.

Plusieurs raisons, absolument décisives, me portent à décider ainsi : Tout d'abord, l'acte à titre onéreux implique nécessairement que la prestation due par chacun des contractants réponde à l'intérêt de l'autre. Or, la charge imposée par le testateur ne répond qu'à l'intérêt de ses héritiers. Il est vrai que l'on pourrait m'objecter que l'article 1122 du Code civil nous permet de stipuler directement au profit de nos héritiers ; cela ne doit pas nous arrêter. Je ne crois pas en effet qu'il soit exact de dire qu'une personne peut stipuler directement au profit de ses héritiers, de telle sorte que la créance qui naît de la stipulation passe directement à ceux-ci. En raison, le droit se fixe sur la tête du stipulant qui a simplement entendu renoncer à l'action qui sanctionne son droit, et transmettre à ses héritiers l'exercice de cette action : « Il n'est pas exact de dire, » écrit M. Demolombe, que le droit ou l'obligation résultant du contrat commence, dans ce cas, *pour* les héritiers ou *contre* les héritiers ; ils ont commencé *pour* ou *contre* la partie contractante elle-même, en ce sens que le germe du droit ou de l'obligation est né immédiatement en sa personne ; car, à bien regarder

» ces clauses, par lesquelles il est convenu que *l'action*
» ne s'ouvrira que *pour* les héritiers ou *contre* les héri-
» tiers, on verra qu'elles ne constituent qu'un terme
» ou une condition *sui generis*; or les parties peuvent
» opposer à leur contrat, le terme ou la condition
» qu'elles jugent convenable (1). »

D'ailleurs, en admettant même que l'on puisse stipuler directement pour ses héritiers, il n'en résulte pas qu'une disposition testamentaire puisse revêtir le caractère d'un acte à titre onéreux. Il ne faut pas perdre de vue en effet qu'une disposition testamentaire ne peut être acceptée du vivant du disposant. Il en résulte que si l'on admet qu'un legs puisse se transformer en contrat à titre onéreux on sera obligé de ne voir dans ce legs qu'une offre de contracter. Or, c'est un principe de droit certain que toute offre est anéantie par le décès de celui qui l'a faite, de sorte que cette disposition « deviendrait caduque à l'instant précis où son auteur aurait reculé son effet, ce qui est absurde (2). »

Cette dernière raison, encore plus décisive que la précédente, n'amène à cette conclusion certaine que l'article 900 s'appliquera invariablement aux dispositions testamentaires sans qu'il soit permis d'alléguer que la condition est la cause de la libéralité. Les arrêts qui ont appliqué aux actes de dernière volonté la formule que

(1) DEMOL., XXIV, p. 554, n° 269.

(2) BARTIN, *op. cit.*, p. 388.

nous connaissons ont, en conséquence, violé les principes les plus certains du droit.

L'on voit, par les observations qui précèdent, que le domaine d'application de l'article 900 reste considérable. Néanmoins, je crois fermement que son esprit nous autorise à lui assigner d'autres limites commandées par l'équité et dont je vais dire quelques mots.

§ III. — *Limitation de l'article 900 par la théorie de l'erreur*

On se souvient que l'article 900 a pour but d'enlever au disposant le moyen d'obtenir, par l'action en nullité, l'exécution de la condition illicite qu'il a imposée au gratifié (1). J'en conclus sans aucune hésitation que dans toute hypothèse où ce danger n'existe pas, ce texte doit être écarté et la libéralité annulée. C'est ce qui arrive lorsque l'insertion de la condition n'est que le résultat d'une *erreur* de la part du disposant.

Il peut se faire, en effet, qu'un testateur, après avoir fait un legs conditionnel, ajoute cette clause : « Dans le cas où, contrairement à mes prévisions, la condition que j'impose à mon légataire serait jugée contraire à la loi, je déclare m'en départir et remplacer le présent legs par la disposition suivante.... » Personne, je crois, ne s'avisera de demander l'application de l'article 900 à cette disposition qui témoigne du respect de son au-

(1) V. *suprà*, p. 110 et 111.

teur pour les prescriptions de la loi, et qui ne présente aucun danger pour l'ordre social. Eh bien, la limitation que je propose d'apporter à l'article 900 n'est que l'extension rationnelle de cette décision universellement admise.

Je suppose tout simplement que le testateur n'a pas exprimé dans une clause explicite le respect qu'il professe pour les dispositions de la loi, mais qu'il résulte des circonstances de la cause que ce testateur a cru sincèrement que la condition qu'il insérait était parfaitement licite; je suppose, en un mot, que la condition attaquée n'est que le résultat d'une *erreur*. Dans cette hypothèse, rien ne nous autorise à penser que le disposant mieux renseigné eut tenté d'obtenir l'accomplissement de la condition. La loi doit présumer, au contraire, que ce testateur professe un respect absolu de ses prescriptions et cette présomption ne peut être détruite que lorsqu'il résulte de la nature même de la condition que son auteur a très consciemment poursuivi un but illicite. En un mot, les motifs d'ordre public qui ont inspiré l'article 900 sont tels, que l'interprète est obligé de le restreindre strictement au cas où il est certain que la condition litigieuse est le résultat d'une volonté répréhensible et non d'une erreur. L'esprit général de notre droit qui consiste à présumer toujours la bonne foi (1) me semble imposer absolu-

(1) Cf., art. 2263.

ment cette interprétation. La loi doit supposer que le testateur, s'il avait eu seulement un doute sur le caractère de la condition aurait inséré la clause dont j'ai parlé tout à l'heure.

L'on a pu remarquer que, dans les développements qui précèdent, je me suis toujours référé au cas où il s'agit d'une disposition testamentaire. Il ne faudrait pas en conclure que ces observations ne soient pas applicables à la donation entre-vifs ; si j'ai omis de parler du donateur, c'est qu'il est difficile d'admettre qu'une condition illicite soit insérée par erreur dans une libéralité entre-vifs. La donation est en effet un contrat solennel qui exige la présence d'un notaire, c'est-à-dire d'un jurisconsulte, qui avertira le disposant s'il se propose d'insérer une condition illicite (1). Le tempérament que je propose d'admettre à la théorie que consacre l'article 900 s'appliquera donc, le plus souvent, aux dispositions testamentaires et ne sera qu'un accident en matière de donations entre-vifs.

Il est à peine besoin de faire observer que la nullité de la disposition ne devra être prononcée dans l'hypothèse qui nous occupe que si le disposant a subordonné la libéralité à la condition. Les juges auront donc à rechercher si le testateur instruit du caractère illicite de la condition n'aurait pas légué quand même en suppri-

(1) Je ferai la même observation lorsqu'il s'agira d'un testament par acte public.

mant la condition. Bref, dans l'hypothèse spéciale que je prévois, l'intention du disposant doit seule guider le juge chargé de statuer sur le maintien ou l'annulation de la libéralité.

Je dois signaler un avantage précieux du système que je défends. Les auteurs sont presque unanimes à regretter l'extension aux conditions impossibles de la règle que les lois de 1791 et de l'an II avaient sagement restreinte aux conditions illicites ou immorales. Le tempérament que je propose d'apporter à l'article 900 supprime en partie les inconvénients qui peuvent résulter de cette inadvertance du législateur, car le plus souvent l'insertion d'une condition impossible, surtout lorsqu'il s'agit d'une impossibilité physique, a pour cause une erreur et ne doit pas tomber par suite sous le coup de ce texte rigoureux.

En restreignant ainsi l'article 900 aux cas où l'on se trouve en présence d'une disposition qui témoigne chez son auteur du désir de tenir en échec les prescriptions de la loi je ne fais qu'appliquer ce principe d'éternelle justice qu'un texte de loi positive trouve dans les motifs qui l'ont inspiré la mesure exacte de son application (1).

(1) L'idée sur laquelle repose la limitation que je propose d'apporter à l'article 900 se trouve indiquée par Ricard lorsqu'il dit : « S'il apparaissait clairement que l'intention du testateur eût été de rendre le legs inutile par l'apposition d'une condition impossible, ou qu'il crût que la condition fût possible, je ne doute pas qu'en ce cas le legs devrait demeurer sans exécution. » (*Dispos. cond.*, n° 223. *suprà*, p. 105.)

CHAPITRE II

DES ACTES A TITRE ONÉREUX

L'effet des conditions impossibles, illicites ou immorales dans les actes à titre onéreux est réglé par l'article 1172 du Code civil. Ce texte dispose que « toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend ».

La nullité de la condition s'étend donc, en matière d'actes à titre onéreux, à l'acte qu'elle affecte. Cette solution, admise par le droit romain, par l'ancien droit et par les législations étrangères ne peut faire l'objet d'une critique sérieuse. La volonté des parties est formellement subordonnée à la condition ; celle-ci ne pouvant sortir à effet, il s'en suit que l'annulation de la condition doit avoir pour effet d'entraîner la nullité du contrat, sous peine de scinder un acte, qui, dans l'intention de ses auteurs, est indivisible.

Cette décision s'impose d'autant plus que nous ne retrouvons plus ici le motif spécial qui fit réputer non-écrites les conditions impossibles ou illicites dans les actes à titre gratuit. Cette dernière affirmation appelle quelques développements.

L'on se souvient que le système de la nullité a été écarté en matière d'actes à titre gratuit parce qu'il présente de graves dangers. Il permet en effet au dispo-

sant d'arriver par le jeu de l'action en nullité au but illicite qu'il poursuit. Ici, ce danger n'est pas à craindre car la personne à qui la condition est imposée n'a qu'un intérêt minime au maintien du contrat, puisque l'annulation de ce contrat, si elle a pour effet de la dépouiller de l'effet livré lui permet en même temps de recouvrer l'effet dont elle s'est elle-même dessaisie.

Il ne faudrait pas cependant exagérer la portée de cette observation et poser en règle absolue que le principe dont l'article 1172 fait l'application ne présentera jamais aucun danger. Ce danger apparaît lorsque le contrat est très avantageux pour celui à qui la condition est imposée, ce qui peut arriver assez fréquemment en pratique. Ainsi je suppose qu'un industriel se trouve dans l'obligation absolue d'augmenter son matériel et d'acheter en conséquence un immeuble contigu à son usine. Dira-t-on que si le vendeur lui impose une condition illicite la menace de l'action en nullité ne sera pas de nature à le déterminer à se soumettre à la condition, étant donné que la résiliation du marché peut lui occasionner un préjudice irréparable ? Assurément non ; et il serait puéril de se dissimuler que le danger que l'article 900 a pour but de conjurer, peut, dans certains cas, se rencontrer en matière d'actes à titres onéreux.

Je n'en conclus pas cependant que le principe posé dans l'article 1172 soit dangereux au point de le faire rejeter. L'hypothèse que je viens de construire est en

somme exceptionnelle. D'ailleurs, le législateur n'a d'autre moyen de frapper la condition que de la réputer non écrite, et ce résultat aboutirait à dénaturer profondément toute une classe d'actes juridiques auxquels on ferait ainsi produire des effets contre la volonté certaine des contractants.

Je me suis occupé jusqu'ici du cas où la condition illicite affecte un contrat qui procure à chaque partie l'équivalent de la prestation qu'elle fournit. Il me reste à rechercher maintenant quels principes il convient d'appliquer lorsque l'une des parties aura fourni une prestation dont la valeur dépasse sensiblement celle de l'émolument que le contrat lui procure.

Pour plus de clarté, je raisonnerai sur une hypothèse concrète : Je suppose que voulant obtenir d'une personne l'exécution d'un fait illicite ou réprouvé par les mœurs je lui vends un domaine de cent hectares qui vaut cent mille francs pour le prix de cinq mille francs, sous la condition d'accomplir le fait illicite que je cherche à provoquer. Dans cette hypothèse, l'opération constitue un *negotium mixtum* qui équivaut à ceci : vente de cinq hectares pour le prix de cinq mille francs et donation des quatrevingt-quinze hectares qui composent le reste du domaine.

Il s'agit de rechercher les règles qu'il convient d'appliquer ici pour déjouer le calcul illicite du vendeur tout en se conformant, dans la mesure du possible, à l'intention des parties.

Pour ma part, je n'hésite pas à décider que les articles 900 et 1172 doivent être appliqués *distributivement* ce qui aboutit au résultat suivant : nullité de la vente des cinq premiers hectares, et attribution pure et simple des autres à l'acheteur qui ne sera pas tenu, cela va sans dire, d'accomplir la condition.

Cette solution est certaine, car au lieu de se référer à l'hypothèse que je viens de construire, l'on peut supposer que la vente et la donation n'ont eu lieu que successivement et par actes séparés ; personne ne s'aviserait de contester, dans ce cas, le bien fondé de la solution que je propose ; or je n'aperçois aucune raison de traiter différemment ces deux hypothèses qui ne diffèrent entre elles que par cette circonstance absolument indifférente que, dans la première, la vente et la donation se trouvent comprises dans le même acte, tandis que deux actes distincts sont intervenus dans la seconde (1).

(1) Il faut bien se garder de confondre l'hypothèse que je viens d'étudier avec celle dont j'ai parlé plus haut (*suprà*, p. 155 et suiv.) où une charge illicite répondant à l'intérêt matériel du disposant, mais inférieure en valeur aux biens dont il se dépouille, transforme une libéralité modale apparente en un *negotium mixtum* qui, comme dans notre hypothèse actuelle, contient à la fois une donation et un acte à titre onéreux. Le résultat pratique est le même : dans les deux cas l'opération sera annulée en tant qu'elle constitue un acte intéressé, mais dans l'hypothèse d'une charge illicite ce sera en vertu de l'article 1131 que cette nullité sera prononcée, tandis que dans l'hypothèse actuelle c'est en vertu de l'article 1172.

Le motif de l'article 1172 permet d'en fixer le domaine d'application. Cet article est basé sur l'intention présumée des parties. Il en résulte que s'il est démontré en fait que leur volonté de contracter n'a pas été formellement subordonnée à la condition, que cette condition n'est, en d'autres termes, qu'une clause accessoire et secondaire, l'annulation de la condition n'entraînera pas celle du contrat. Je suis ainsi amené à poser en principe, comme je l'ai fait en droit romain, que la règle qui nous occupe constitue une présomption, dispensant de toute preuve la partie qui poursuit la nullité du contrat, mais que cette présomption admet la preuve contraire. Inutile d'ajouter que la question de savoir si la volonté des parties a été formellement subordonnée à l'accomplissement de la condition est une pure question de fait laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux.

DEUXIÈME PARTIE

**Des clauses, qui, en droit français, doivent être
considérées comme impossibles, illicites ou immorales**

CHAPITRE PREMIER

DES CONDITIONS IMPOSSIBLES

La distinction que j'ai faite entre l'impossibilité physique et l'impossibilité juridique lorsque j'ai étudié ces conditions en droit romain présente une importance capitale en droit français. De nos jours, en effet, le cercle des conditions juridiquement impossibles s'est élargi, et ces modalités ont donné naissance à des questions importantes et difficiles. C'est dire que je devrai leur consacrer des développements assez longs. Aussi, je me débarrasserai rapidement des conditions physiquement impossibles que la pratique semble igno-

rer et qui nous sont déjà connues par l'étude que j'en ai faite en droit romain (1).

SECTION I

De l'impossibilité physique

Il serait superflu de rappeler la notion de l'impossibilité physique. La définition très nette des Institutes que j'ai rapportée plus haut (2) s'applique parfaitement aux conditions physiquement impossibles qui peuvent, de nos jours, affecter un acte juridique. Je dois seulement faire observer que l'état de la civilisation moderne a singulièrement restreint le nombre de ces modalités. Telle condition qui, sous Justinien, était extravagante, est devenue aujourd'hui d'une exécution facile. Telle serait la condition : « Si vous voyagez dans les airs » ou « Si vous allez de Paris à Rome en deux jours ».

Je n'ai rien à ajouter à ce que j'ai dit sur la condition nécessaire. En droit français comme en droit romain, cette condition laisse pur et simple l'acte qu'elle affecte et qu'elle vient confirmer.

Quant à l'hypothèse où une condition possible en soi est rendue impossible par les circonstances qui l'ac-

(1) *Suprà*, p. 2.

(2) *Suprà*, p. 2.

compagnent, je ferai une observation identique à celle que j'ai présentée au sujet du fragment 6 *De cond. instit.* : Tout dépend de l'intention de l'auteur de la condition. Ainsi, pour reprendre l'exemple même du fragment, si un testateur a imposé à son héritier l'obligation de lui élever un tombeau en trois jours, la condition devra être annulée dans son entier s'il résulte du texte du testament et des circonstances de la cause que le délai imparti par le testateur est de rigueur. S'il est manifeste au contraire que le disposant a simplement entendu que son tombeau soit achevé dans un laps de temps très restreint, l'héritier sera tenu, avant d'obtenir l'émolument du legs, de se conformer à cette intention.

J'ai exprimé l'opinion, en droit romain, que cette interprétation libérale doit être restreinte au testament (1). Il est évident que cette restriction serait contraire aujourd'hui à l'esprit général de notre droit, aussi je n'hésite pas à la rejeter en droit français.

La solution que consacre le frag. 137, § 5, *De verb. oblig.*, relatif au cas où une condition, possible en soi, est impossible pour celui auquel elle est imposée, est généralement admise par les auteurs modernes (2). J'incline à penser qu'il n'y a encore là qu'une question d'intention à examiner par le juge.

(1) *Suprà*, p. 5.

(2) Voy. notamment DEMÔL., XVIII, p. 258, n° 223 et les autorités qu'il cite.

Les *falsæ conditiones* du droit romain peuvent se rencontrer assez souvent en pratique. C'est même un des cas fort rares où la condition physiquement impossible sort du domaine de la théorie.

Les solutions que j'ai données en droit romain à leur sujet doivent être maintenues en droit français : en principe la *falsa conditio* est assimilée à la condition impossible ; mais si le fait extrinsèque dont elle dépend a été possible à l'origine, l'on est en présence d'une condition défaillie (1).

Je terminerai ces courtes observations sur les conditions physiquement impossibles en rappelant que la condition extravagante peut faire présumer l'insanité d'esprit du disposant ce qui a pour effet d'écarter l'article 900 et de donner lieu d'appliquer l'article 901 (2).

SECTION II

De l'impossibilité juridique

J'ai défini en droit romain la condition juridiquement impossible : « Celle qui trouve dans la loi positive un

(1) Comp. *suprà*, p. 7.

(2) *Suprà*, p. 130 et suiv.

obstacle perpétuel et absolu à son accomplissement (1)». Cette définition s'applique également aux conditions juridiquement impossibles de notre droit moderne. Un acte juridique ne peut en effet légalement exister s'il ne réunit pas les caractères essentiels que la loi exige pour sa validité. Il s'en suit que toute condition qui a pour but d'exclure, dans un acte juridique, l'un de ces éléments essentiels est, pour ce motif, juridiquement impossible.

Il convient d'observer que la définition que j'adopte s'applique non seulement au cas où l'auteur de la condition cherche à amener la réalisation d'un *acte* juridique dépourvu d'un de ses éléments essentiels, mais encore au cas où la condition se réfère à une simple *situation* de droit qui ne peut légalement exister.

Deux exemples feront saisir la portée de cette observation :

Je vous donne cent mille francs si vous vous mariez avant la puberté. La condition que je vous impose se réfère à un *acte* juridique, le mariage, dont elle exclut un élément essentiel de validité : la puberté. Elle est, donc juridiquement impossible.

Voici maintenant une condition qui tend à créer une *situation* juridique et qui présente également un caractère d'impossibilité absolue. C'est l'espèce de l'arrêt de Cassation du 8 avril 1889 dont j'ai déjà parlé (2) :

(1) *Suprà*, p. 9.

(2) *Suprà*, p. 134.

Deux époux disposent, par acte entre-vifs au profit d'un de leurs enfants, de la quotité disponible, puis, postérieurement à cette libéralité, constituent en dot certains biens à un autre enfant.

Dans le contrat de mariage, un tiers fait également une libéralité au profit de ce dernier enfant sous la condition *qu'il renoncera à la succession de ses père et mère tout en conservant la dot par eux constituée*. Cette condition tend certainement à créer une situation juridique impossible puisque l'enfant, s'il renonce à la succession, ne peut conserver les biens à lui donnés à titre de dot, la quotité disponible ayant été épuisée par la donation antérieure, et que d'autre part, cette renonciation lui interdit de prétendre aucune part à la réserve (art. 845). L'espèce précitée nous fournit donc un exemple très curieux de condition qui tend à amener une situation que le jeu des principes rend absolument impossible.

La liste des conditions juridiquement impossibles n'est pas longue, mais cette matière contient des questions graves sur lesquelles je compte présenter des observations assez complètes.

Je n'essaierai pas de classer les conditions qui nous occupent. Cette classification, outre qu'elle serait nécessairement arbitraire, n'offrirait aucun avantage au point de vue de la netteté de l'exposition. Il va sans dire, au reste, que je ne m'occuperai que des conditions juridiquement impossibles dont les caractères

n'ont pas été nettement dégagés jusqu'ici, ou qui ont soulevé des questions plus ou moins controversées.

I

Je me débarrasserai tout d'abord de la plus difficile de ces conditions, de celle qui a donné lieu aux polémiques les plus vives, et dont la pratique nous offre des exemples fréquents. Il s'agit de la condition par laquelle un disposant impose à une commune l'entretien d'une école d'un caractère confessionnel.

Un premier point est certain, c'est que, sous l'empire de la législation actuelle, cette condition est juridiquement impossible. L'article 17 de la loi du 30 octobre 1886 sur l'enseignement primaire dispose en effet que « dans les écoles publiques de tout ordre l'enseignement est exclusivement confié à un personnel laïque ». Il en résulte que tout ministre d'un culte quelconque est incapable de remplir désormais les fonctions d'instituteur public, et que par suite toute condition qui prétend imposer à une commune l'entretien d'une école dont l'enseignement serait confié à un personnel religieux trouve dans l'article 17 que je viens de rapporter un obstacle insurmontable à son accomplissement.

La conséquence qui en découle est fort simple : toute condition semblable imposée à une commune postérieurement à la loi du 30 octobre 1886 sera réputée non

écrite, de sorte que la commune gardera purement et simplement l'objet de la libéralité.

Cette solution est certaine et ne reçoit exception que dans l'hypothèse assez difficile à concevoir où l'insertion de la condition n'est que le résultat d'une *erreur* de la part du disposant qui a cru la condition possible (1). En dehors de ce cas tout spécial, l'article 900 me paraît devoir être invariablement appliqué. La libéralité qui nous occupe ne peut jamais, en effet, se transformer en un acte à titre onéreux. La vérité de cette allégation paraîtra évidente si l'on songe que l'obligation contractée par la commune d'entretenir une école d'un caractère confessionnel ne répond qu'à un intérêt moral du donateur, alors que l'acte à titre onéreux implique nécessairement deux prestations réciproques répondant à des intérêts matériels. Au surplus, l'acte à titre onéreux ne peut se concevoir si chacune des obligations des parties n'est pas sanctionnée par une action directe en dommages-intérêts que dans l'espèce on ne peut certainement accorder au disposant (2). Tout au plus admettrai-je, avec M. Bartin, que la donation peut se transformer en un acte à titre onéreux lorsque le disposant a eu pour but de « se ménager à proximité de son domicile les moyens d'élever dans une école selon son goût, ses propres enfants et leurs descendants ». Ici l'intérêt matériel apparaît. Le

(1) Comp. *suprà*, p. 160 et suiv.

(2) Comp. *suprà*, p. 150 et suiv.

donateur, s'il n'eut pas fondé cette école aurait été entraîné à faire, pour l'éducation de ses enfants, des frais que l'installation de cette école lui épargne. Il trouve donc, dans l'exécution de la charge imposée à la commune, l'équivalent matériel et appréciable en argent de l'aliénation qu'il a consentie, ce qui imprime au contrat intervenu le caractère d'acte à titre onéreux.

En dehors de cette hypothèse toute spéciale, je maintiens avec la plus entière quiétude la solution absolue que j'ai proposée.

Aucune décision judiciaire n'est intervenue, à l'heure actuelle, au sujet d'une fondation postérieure à la loi du 30 octobre. Cela n'a rien de surprenant si l'on songe qu'aucun particulier ne peut être tenté de faire désormais une semblable donation qui n'atteindra certainement pas le but qu'il poursuit. Je ne doute pas, au reste, que la jurisprudence, si elle avait à apprécier ces sortes de libéralités, n'applique la formule qu'elle a adoptée définitivement et que nous connaissons déjà. On se souvient que cette formule consiste à écarter l'article 900 lorsque la condition a été « la cause impulsive et déterminante de la libéralité ».

Je saisis cette occasion pour faire observer que le système des arrêts aboutit souvent à la négation même du principe posé dans notre texte. Ainsi dans notre hypothèse, il est presque impossible de concevoir une fondation ayant pour but d'entretenir l'élément religieux dans les écoles primaires et dont on puisse dire

que la condition n'a pas été la cause impulsive et déterminante.

Nous n'avons rencontré jusqu'ici, au sujet de la condition qui nous occupe, aucune difficulté sérieuse. Je dois maintenant examiner l'hypothèse beaucoup plus délicate où la libéralité est antérieure à la loi du 30 octobre 1886.

La première question qui s'élève est celle de savoir si le vote de la loi nouvelle a eu pour effet d'anéantir les fondations antérieures et de faire rentrer les objets donnés dans le patrimoine des disposants ou de leurs héritiers, ou si, au contraire, la commune doit être laissée en possession de ces biens malgré l'impossibilité où elle se trouve d'exécuter la condition.

L'on ne peut s'empêcher de reconnaître que l'équité milite puissamment en faveur du donateur qui ne se serait certainement pas dépouillé s'il avait prévu l'impossibilité d'exécution de la condition qu'il imposait. Examinons si les principes du droit nous permettent de donner satisfaction à ces intérêts légitimes.

Un principe certain domine le débat : c'est qu'une condition suspensive primitivement possible qui devient postérieurement impossible est une condition défaillie ; et à l'inverse, qu'une condition résolutoire qui prévoit un fait possible à l'origine et qui devient ensuite impossible est une condition accomplie (1). Il en ré-

(1) DEMOL., XVIII, p. 261, n° 223 — BARTIN, *op. cit.*, p. 84.

sulte que dans notre espèce, où il s'agit d'une condition résolutoire ayant pour but de sanctionner l'obligation imposée à la commune, la loi du 30 octobre a eu pour effet de procurer l'accomplissement de cette condition. L'article 900 doit être, en conséquence, absolument écarté du débat, car il ne s'agit plus ici d'une condition impossible, mais bien d'une condition résolutoire pleinement valable et qui s'est accomplie.

Si l'on admet ces prémisses, — et je ne crois pas qu'elles puissent être sérieusement contestées, — on est invinciblement amené à cette conclusion que les biens donnés à une commune, avant la loi sur l'enseignement primaire, sous la condition résolutoire qu'ils seront affectés à l'entretien d'une école d'un caractère confessionnel, doivent rentrer aujourd'hui dans le patrimoine du donateur, la loi du 30 octobre ayant eu pour effet de procurer l'accomplissement de cette condition.

Cette solution doit être maintenue, à mon sens, quels que soient les termes employés par le disposant, et alors même qu'il n'aurait pas formellement exprimé sa volonté de résoudre la donation pour le cas où l'obligation de la commune deviendrait impossible à exécuter. Je n'admettrai d'exception à cette théorie absolue que dans l'hypothèse toute spéciale où l'intention principale du donateur a été de favoriser le développement de l'enseignement public, et où la clause relative au caractère religieux de cet enseignement n'est qu'une

disposition accessoire et secondaire à laquelle il eût renoncé s'il en avait prévu l'impossibilité.

Ces deux propositions appellent quelques explications.

L'auteur de la fondation destinée à perpétuer l'enseignement religieux dans la commune, peut, cela est certain, subordonner *expressément* sa libéralité à la condition résolutoire que l'école, à l'entretien de laquelle les biens donnés doivent être affectés, conservera toujours son caractère confessionnel. Nul doute qu'en présence de cette clause *expresse*, il n'y a pas à examiner la cause qui a amené l'accomplissement de la condition, et que les biens doivent toujours en pareil cas, faire retour au donateur ou à ses héritiers. Mais à côté de l'hypothèse où la condition résolutoire est formellement exprimée, il faut envisager le cas, dont la pratique nous offre l'exemple tous les jours, où l'acte de donation porte simplement que la libéralité est faite « à la charge par la commune d'entretenir une école d'un caractère confessionnel ». Que devons-nous décider dans cette hypothèse vraiment pratique ?

Je n'hésite pas à affirmer que les deux hypothèses comportent une solution identique.

L'on me concédera bien qu'il n'est pas nécessaire que l'intention du disposant soit exprimée en termes formels pour produire son effet. L'esprit général de notre droit veut que l'on accorde une égale protection

aux clauses expresses et aux clauses tacites. Si donc la condition résolutoire dont je viens d'analyser les effets a été imposée *tacitement* par le disposant, nul doute qu'elle ne doive produire le même effet qu'une condition résolutoire expresse. Or, je ne crois pas que, dans l'hypothèse d'une fondation destinée à l'entretien d'une école confessionnelle, l'on puisse sérieusement soutenir que l'intention certaine de son auteur n'ait pas été que la donation soit résolue si, *pour quelque cause que ce soit*, l'enseignement religieux venait à être supprimé. Comme le dit fort bien M. Labbé, dans une note rapportée sous un arrêt de la Cour de Nîmes du 11 juillet 1881 (1) : « On peut appeler donataire la per- » sonne qui reçoit, elle ne donne rien en échange, » mais l'intention libérale du disposant porte plus » loin. Il veut que ses biens soient employés à un éta- » blissement d'instruction soumis à un régime qu'il » décrit et détermine ; une certaine instruction, *tel est* » *son but principal*. Là est la cause première, la cause » vitale de sa disposition ; ce n'est pas une donation » avec charge qui en diminue le bienfait pour le dona- » taire. C'est une donation avec une destination précise » qui en absorbe tout l'émolument. »

Ces motifs nous permettent de conclure que la charge imposée constitue une condition résolutoire absolue, ayant pour effet, *dans tous les cas*, de permettre au dis-

(1) SIREY, 1882, II, 97 ; J. du P. 1882, p. 561.

posant ou à ses héritiers de rentrer en possession des biens aliénés, si elle vient à s'accomplir.

J'arrive maintenant à l'exception que j'ai formulée plus haut. Il peut se faire, ai-je dit, que le but principal du disposant soit de favoriser le développement de l'enseignement public, et que la condition relative au caractère religieux du personnel ne soit qu'une clause accessoire de la libéralité. Je conviens que c'est là une hypothèse peu pratique ; si je m'y réfère, c'est qu'elle me permettra de bien mettre en lumière les principes que je veux dégager.

Bien qu'il n'ait inséré aucune condition résolutoire *expresse*, le disposant ne se trouvera pas désarmé, dans cette nouvelle hypothèse, pour obtenir de la commune l'exécution de l'obligation qu'elle a assumée. Il lui restera l'action née de la condition résolutoire *tacite* des articles 953 et 1184 ; mais ici d'autres principes interviennent qu'il faut bien se garder d'omettre : Il y a une différence profonde entre la condition résolutoire proprement dite, et la condition résolutoire tacite des articles 953 et 1184. Ces deux derniers textes doivent être, en effet, combinés avec la théorie des risques.

Aux termes de l'article 1302, lorsque l'objet de l'obligation vient à périr sans la faute du débiteur, celui-ci est libéré, et l'extinction de son obligation a pour effet d'anéantir du même coup la condition résolutoire qui la sanctionne, de sorte que les articles 953 et 1184 ne

reçoivent leur application qu'en cas *d'inexécution* de l'obligation et non en cas *d'extinction* de cette obligation par suite d'un cas fortuit. Il en va tout autrement de la condition résolutoire proprement dite qui subordonne la résolution de l'acte à un fait précis dont la réalisation amène l'accomplissement de la condition, sans qu'il y ait lieu de rechercher les causes qui l'ont occasionné.

Cette différence essentielle, qui sépare la condition résolutoire proprement dite de la condition résolutoire tacite des articles 953 et 1184, ne saurait être sérieusement contestée. L'article 1184 ne parle pas, en effet de l'extinction de l'obligation, mais bien de son inexécution. De plus, il parle dans son deuxième alinéa de dommages-intérêts, ce qui prouve avec évidence qu'il se réfère à l'hypothèse où l'inexécution de l'obligation est imputable au débiteur. Au surplus, une raison péremptoire me force à rejeter l'opinion adverse, qui a cependant pour elle l'autorité d'auteurs considérables : admettons un instant qu'elle soit l'expression de la vérité, et faisons-en l'application à une hypothèse fort simple, la vente d'un corps certain. Je suppose qu'aucune des deux parties n'a exécuté son obligation, et que la chose vendue vient à périr entre les mains du vendeur par cas fortuit et sans qu'il soit en demeure. Tout le monde s'accorde à décider que l'acheteur ne sera pas dispensé de payer son prix. Il en sera cependant tout autrement, si l'on admet la théorie que je combats, car on

accordera à l'acheteur, même dans cette hypothèse du cas fortuit, l'action résolutoire de l'article 1184 ; ce qui aboutit en somme à faire passer les risques de la tête de l'acheteur sur celle du vendeur. C'est là une conséquence contraire aux principes les plus certains du droit et qui démontre d'une manière éclatante la fausseté du principe d'où elle découle.

Revenons maintenant à l'hypothèse de la fondation ayant pour but l'entretien d'une école d'un caractère confessionnel.

Lorsque l'obligation de la commune n'aura pour sanction *que* la condition résolutoire spéciale des articles 953 et 1184, le vote de la loi nouvelle ayant eu pour effet de rendre impossible l'exécution de cette obligation, la commune sera libérée, et le disposant ne pourra pas se prévaloir de ces textes pour recouvrer les biens qu'il a aliénés. Mais, encore un coup, c'est là une hypothèse absolument théorique et que la pratique ignore absolument. Dans l'immense majorité des cas la charge imposée à la commune constituera une condition résolutoire proprement dite, expresse ou tacite, qui aura pour effet de résoudre la libéralité quelle que soit la cause de l'impossibilité survenue.

L'on peut donc poser en principe que ces fondations destinées à l'entretien d'une école confessionnelle, faites antérieurement à la loi du 30 octobre 1886, se trouvent résolues par la promulgation de cette loi. La seule exception que l'on puisse admettre à cette règle

absolue, c'est que le contraire aura lieu si la clause relative au personnel enseignant n'avait qu'une importance secondaire aux yeux du disposant, ce qu'il est bien difficile d'admettre si celui-ci ne s'en est pas expliqué formellement.

La distinction que j'ai faite entre la condition résolutoire proprement dite et la condition résolutoire spéciale des articles 953 et 1184 a pour elle l'autorité de jurisconsultes éminents. M. Bartin l'a brillamment exposée dans l'ouvrage que j'ai eu si souvent occasion de citer ; mais le savant auteur en tire cette conclusion que, le plus souvent, l'obligation de la commune n'aura pour sanction que l'action née de la condition résolutoire spéciale des articles 953 et 1184, de telle sorte que la loi nouvelle aura procuré à la commune sa libération tout en lui permettant de garder les biens donnés (1).

Cette conclusion, si différente de la mienne, ne me paraît pas exacte, et je crois pouvoir démontrer facilement qu'elle est en contradiction formelle avec les principes que j'ai développés et que M. Bartin admet lui-même sans aucune hésitation.

Le savant auteur part de ce principe que si l'obligation imposée à la commune constitue un *modus* et non une condition, la libéralité n'est pas résolue parce que l'obligation de la commune n'est sanctionnée

(1) *Op. cit.*, p. 91 et suiv.

dans ce cas, que par la condition résolutoire dont parle l'article 1184. — C'est là une erreur manifeste.

Je ferai tout d'abord observer à M. Bartin que dans l'hypothèse qui nous occupe il s'agit *toujours* d'une libéralité modale.

Qu'est-ce en effet que le *modus* ?

« Le mode, *modus*, est une clause, *lex quædam* au-
» raient dit les Romains, par laquelle le donataire est
» chargé *de donner, de faire, ou de ne pas faire quelque*
» *chose*, en considération de la libéralité, disait Fur-
» gole, et après qu'il l'aura reçue. » Cette définition
que j'emprunte à M. Demolombe (1), et qui est certainement exacte s'applique parfaitement ici. Il est bien certain que la commune, en acceptant la libéralité, *s'oblige* à entretenir une école d'un caractère confessionnel; donc cette *obligation* constitue un *modus*. Je ne puis, en somme, concevoir une fondation semblable où la commune jouerait, comme le suppose M. Bartin (2), un rôle purement *passif*, sans contracter aucune obligation.

Il reste ainsi acquis aux débats que la modalité que nous étudions constitue par essence un *modus*. En résulte-t-il, comme l'affirme M. Bartin, que l'obligation de la commune n'a d'autre sanction que la condition

(1) XX, p. 496, n° 563.

(2) *Op. cit.*, p. 101.

résolutoire tacite des articles 953 et 1184 ? Je ne le crois pas.

L'on me concédera bien que dans une libéralité modale, le disposant est libre d'insérer la clause suivante : La donation sera résolue si l'obligation mise à la charge du donataire venait à s'éteindre *pour quelque cause que ce soit*. Rien de plus licite qu'une telle convention. Eh bien, je dis, et M. Bartin reconnaît lui-même (1), que cette clause peut sortir à effet bien qu'elle ne soit pas exprimée en termes formels (*certis verbis*); or je crois avoir démontré que l'on peut affirmer *a priori* que toute libéralité destinée à l'entretien d'une école d'un caractère confessionnel est tacitement subordonnée, dans l'intention de son auteur, à une condition résolutoire proprement dite (2).

J'ajouterai une simple observation à cette démonstration : La solution à laquelle l'analyse attentive des principes m'a amené à l'immense avantage de satisfaire l'équité, tout en simplifiant singulièrement la tâche des magistrats. Si l'on admet la théorie de M. Bartin, l'on se heurte à des difficultés pratiques presque insurmontables : à quel signe reconnaitrons-nous, en effet, la libéralité modale de la libéralité conditionnelle ? Le système que j'ai combattu n'aboutit à rien moins qu'à laisser le juge tout puissant dans une

(1) *Op. cit.*, p. 99; Cf. art. 1156.

(2) *Suprà*, p. 180 et suiv.

matière où il importe précisément de limiter le plus possible son pouvoir d'appréciation.

La jurisprudence s'est prononcée tout récemment sur la question que je viens d'étudier. La Cour de Besançon a jugé le 27 février 1889 (1) que la loi du 30 octobre a eu pour effet de résoudre les libéralités antérieures lorsque la condition devenue impossible en a été « la cause impulsive et déterminante ». Cet arrêt, qui n'est qu'une application du système général de la jurisprudence, consacre pour des motifs différents, la solution que j'ai proposée, puisqu'il pose en principe que la libéralité doit être résolue si l'exécution de la condition a été le but principal et essentiel du disposant.

Le principe de la résolution de la fondation a été reconnu formellement par le législateur de 1886. Seulement, pour « hâter la liquidation du passé », l'on a restreint à une limite de deux ans le délai dans lequel le donateur ou ses héritiers pourraient exercer leur action en résolution. L'article 19 de la loi du 30 octobre 1886 est en effet ainsi conçu : « Toute action à raison » des donations et legs faits aux communes antérieurement à la présente loi, à la charge d'établir des » écoles ou salles d'asile dirigées par les congréganistes » ou ayant un caractère confessionnel, sera déclarée

(1) *Gaz. du Pal.*, 4^e recueil de 1889 (avril), p. 515.

» non recevable si elle n'est pas intentée dans les deux
» ans qui suivront le jour où l'arrêté de laïcisation ou
» de suppression de l'école aura été inséré au journal
» officiel ». (1)

Il ne me resterait plus, pour terminer ces observations sur la première question qui s'élève relativement aux fondations antérieures au 30 octobre 1886, qu'à examiner une théorie spécieuse qui voit, dans la condition d'entretenir une école d'un caractère confessionnel, une condition *illicite*, ce qui entraînerait cette conséquence qu'elle serait *ab initio* réputée non écrite. Je préfère ajourner cet examen et exposer cette nouvelle controverse lorsque j'aurai nettement dégagé la notion des conditions illicites qui tendent à restreindre l'exercice d'un droit d'ordre public (2).

La seconde question qui s'élève relativement aux fondations antérieures au 30 octobre 1886 est celle de savoir quelles étaient, avant cette époque, les conséquences d'un arrêté de laïcisation pris, conformément à la loi du 14 juin 1854, par le préfet, spontanément ou pour déférer à un vœu du conseil municipal.

Mes précédents développements ont déjà élucidé

(1) Le législateur de 1886 n'a pas seulement admis le principe de la résolution ; les termes de cet article 19 semblent avoir une portée plus grande et décider qu'en principe toutes les fondations se trouvent résolues par la promulgation de la loi nouvelle, ce qui cadre bien avec l'interprétation que j'ai admise.

(2) *Infra*, p. 196 et suiv.

cette question qu'il me sera facile de trancher en quelques mots.

Il est évident tout d'abord que lorsqu'il s'agira d'une condition résolutoire proprement dite, il n'y aura pas à rechercher d'où vient l'initiative de l'arrêté de laïcisation. L'accomplissement de cette condition, quelle que soit sa cause, a pour effet de faire rentrer dans le patrimoine du donateur les biens aliénés. La question se limite donc à l'hypothèse extrêmement rare où le disposant ayant eu pour but principal le développement de l'enseignement public n'a à sa disposition que l'action née de la condition résolutoire tacite de l'article 953.

Aucune difficulté ne peut surgir lorsque la commune est complètement étrangère à l'arrêté de laïcisation. Son obligation se trouvant, dans ce cas, éteinte par cas fortuit, elle est libérée et garde les biens donnés. Mais lorsqu'un vote du Conseil municipal a provoqué l'arrêté de laïcisation, il semble que l'on ne peut plus dire que la commune est libérée puisque l'extinction de son obligation provient de son propre fait. On l'a contesté cependant, et M. Labbé notamment, pense qu'il suffit, pour que le débiteur soit libéré, qu'aucune faute ne lui soit imputable (1). C'est là une erreur certaine. Pour que l'article 1302 s'applique, il faut que le débiteur soit absolument étranger à l'événement qui a

(1) Voyez la note sous l'arrêt de Nîmes, du 11 juillet 1881, — *J. du P.*, 1882, p. 561.

produit l'extinction de son obligation. S'il y a contribué par son fait et même en usant d'un droit légitime, il n'est pas à l'abri des poursuites de son créancier. Le doute que peut faire naître à ce sujet le texte de l'article 1302 disparaît complètement si l'on se reporte aux articles 1042, 1147 et 1245, qui ne sont en réalité que des cas particuliers d'application du principe général posé dans l'article 1302.

J'en conclus que s'il est vrai de dire que la commune, en provoquant l'arrêté de laïcisation use d'un droit absolument légitime, il n'en résulte pas qu'elle puisse se soustraire aux poursuites du donateur et de ses héritiers qui sont au contraire bien fondés à réclamer dans ce cas la restitution des biens aliénés et des domages-intérêts.

Je terminerai mes observations sur la première condition juridiquement impossible, en faisant observer que sous l'empire de la loi du 30 octobre et pendant un délai de cinq ans, la commune peut encore prendre l'initiative de l'arrêté de laïcisation. Les développements qui précèdent trouvent évidemment leur application dans cette hypothèse qui ne diffère en rien de la précédente.

II

Une condition qui présente quelque analogie avec celle que je viens d'étudier a soulevé des questions

semblables. Je veux parler de la clause, insérée dans une libéralité destinée à la fondation d'un hospice, qui impose à l'Assistance publique l'obligation de confier le soin des malades à un personnel congréganiste. L'administration de l'Assistance publique, cela est certain, a le droit absolu de confier à qui bon lui semble le soin des malades de ses hôpitaux ; mais en remplaçant, dans l'hypothèse qui nous occupe, le personnel congréganiste par un personnel laïque, elle engage, à mon sens, sa responsabilité vis-à-vis du donateur qui peut obtenir la résolution de la donation et même une condamnation à des dommages-intérêts. La raison en est que rien ne s'oppose ici à l'exécution de la condition qui est en elle-même, parfaitement possible et licite, de sorte que nous nous trouvons purement et simplement dans le cas prévu par l'article 953 du Code civil.

III

Deux conditions juridiquement impossibles méritent encore de fixer un instant notre attention. Ce sont la condition d'inaliénabilité et la condition d'insaisissabilité.

La jurisprudence et la doctrine ont toujours confondu la clause d'inaliénabilité et la simple prohibition d'alié-

ner. A M. Martin revient l'honneur d'avoir le premier mis nettement en lumière la différence profonde qui les sépare et dont j'ai dit quelques mots en droit romain.

Cette différence est facile à saisir : la clause d'inaliénabilité a pour but de rendre absolument inaliénable le bien qu'elle frappe, tandis que la prohibition d'aliéner impose simplement au gratifié l'*obligation* de ne pas se dépouiller du bien donné. Comme le dit fort bien M. Martin « il y a entre les deux toute la différence du droit réel à l'obligation. L'une prétend frapper le bien : l'autre ne frappe que la personne (1) ».

La clause d'inaliénabilité est juridiquement impossible, cela est de toute évidence, car elle tend à imprimer aux biens qui en sont l'objet une qualité : l'inaliénabilité, que la loi ne reconnaît pas. Il résulte invinciblement en effet de l'ensemble des dispositions du code civil qu'il est de l'essence même des biens de pouvoir être librement aliénés. Les exceptions toutes spéciales que la loi apporte à ce principe en démontrent l'exactitude.

Il résulte de ces observations que la clause d'inaliénabilité sera toujours réputée non écrite dans les actes à titre gratuit et annulera les actes à titre onéreux.

Toute autre est la simple prohibition d'aliéner. Aucun obstacle de droit ne s'oppose à son accomplissement, et elle peut, dans certains cas que j'aurai à étudier (2),

(1) *Op. cit.*, p. 165.

(2) *Voy. infra*, p. 229 et suiv.

être jugée parfaitement licite. Je note seulement que si celui qui l'impose l'a entendue en ce sens que le propriétaire serait *incapable* d'aliéner, nous nous retrouverons en présence d'une condition juridiquement impossible. La loi seule peut, en effet, édicter des incapacités; de sorte que toute condition qui a pour but de restreindre la capacité d'une personne est, par cela même, juridiquement impossible.

A côté de la clause d'inaliénabilité se place tout naturellement la clause d'insaisissabilité. Je crois fermement avec M. Martin (1) que cette dernière condition est, comme la précédente, juridiquement impossible. Néanmoins la question est plus douteuse et mérite d'être examinée avec soin. Qu'il soit de l'essence même des biens d'être aliénables cela est hors de doute, mais il est plus douteux que ces biens soit essentiellement saisissables.

Au sujet des meubles, la question ne peut se poser, car la loi autorise formellement dans les articles 581 et 582 du Code de procédure tout donateur ou testateur à les soustraire à l'action des créanciers du gratifié. Le problème se limite donc aux immeubles. Je n'hésite pas à décider pour ma part que la clause d'insaisissabilité appliquée à cette catégorie de biens est juridiquement impossible.

. Ce caractère d'impossibilité résulte invinciblement à

(1) *Op. cit.*, p. 55.

mon sens du principe général posé dans les articles 2092 et 2093, dont les termes absolument impératifs ne peuvent admettre d'autres exceptions que celles que le législateur a formellement énoncées. S'il en était autrement, les articles 581 et 582 du Code de procédure que je rappelais tout à l'heure seraient absolument superflus. Il faut donc reconnaître sans hésitation que la clause d'insaisissabilité relative aux immeubles est juridiquement impossible. J'irai même plus loin et je dirai que cette clause ne doit être admise pour les meubles que dans les actes à titre gratuit. Décider autrement serait étendre arbitrairement les termes de l'article 581 et méconnaître par contre-coup le caractère impératif des articles 2092 et 2093.

J'ai ainsi épuisé la série des conditions impossibles qui méritaient de fixer un instant notre attention. L'étude des conditions illicites et leur classification me retiendra plus longtemps.

CHAPITRE II

DES CONDITIONS ILLICITES

SECTION I

Théorie générale et classification

J'étudierai dans ce chapitre les conditions illicites que je sépare avec soin des conditions immorales dont je m'occuperai plus tard. Cette méthode que j'ai déjà adoptée en droit romain permet de faire toucher du doigt les différences profondes qui les séparent.

La notion des conditions illicites est absolue. Elle est de tous les temps et de tous les pays. Les jurisconsultes romains l'avaient déjà nettement dégagée, de sorte que l'étude que j'en ai faite au début de ce travail facilite singulièrement la tâche que j'entreprends ici. Je dois néanmoins rappeler brièvement les caractères essentiels qui les distinguent, afin de montrer que

l'idée que je m'en suis faite cadre bien avec les textes et l'esprit général du Code civil.

Parmi les prescriptions de la loi positive, il en est auxquelles les particuliers peuvent librement déroger. D'autres, au contraire, qui intéressent l'existence et le développement de la société ne souffrent aucune dérogation : « On ne peut, dit l'article 6, déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » Ce principe dont les articles 900 et 1172 ne sont que le complément nécessaire doit seul nous guider dans la recherche des caractères qui distinguent les conditions illicites : toute condition tendant à violer une de ces règles absolues dont parle l'article 6 sera réputée illicite.

La première conséquence à laquelle mènent ces prémisses est que toute condition illicite est nécessairement *potestative*. Pour faire échec à la loi, elle doit en effet *provoquer* un fait, car si elle se borne à le *prévoir* il est de toute évidence qu'elle ne peut être dangereuse ; or pour que la condition soit de nature à influencer la marche des événements, il faut nécessairement qu'elle impose à une personne une action déterminée.

Reste à rechercher dans quels cas une condition qui impose à une personne l'accomplissement d'un fait sera illicite.

Nul doute, tout d'abord, que si le fait imposé est lui-même illicite la condition ne tombe sous le coup des articles 900 et 1172 : aucune condition n'est plus mani-

festement contraire au principe fondamental posé dans l'article 6.

5. Mais une condition peut être encore très dangereuse bien que le fait qu'elle impose soit parfaitement licite. Il ne faut pas oublier en effet que l'ordre social est parfois intéressé à ce que le libre exercice de nos droits ne soit pas entravé par le jeu d'une condition. Ainsi, pour reprendre l'exemple que j'ai cité en droit romain et qui est parfaitement topique, toute condition qui a pour but de détourner du mariage présente un danger évident pour la société, et cependant le fait qu'elle impose est essentiellement licite, car tout homme est libre de conserver le célibat si bon lui semble. Je suis donc amené à cette conclusion irrésistible qu'une condition potestative peut être illicite dans deux cas : 1° lorsqu'elle tend à provoquer un fait illicite ; 2° lorsqu'elle tend à restreindre l'exercice d'un droit, et que ce droit est tel que son libre exercice ne puisse être restreint sans danger pour l'ordre social. Dans ces deux hypothèses l'intention qui la dicte a été certainement de faire échec à la loi positive, et cela suffit pour que la condition soit illicite. Ces caractères essentiels des conditions qui nous occupent sont implicitement contenus dans la définition que j'ai adoptée en droit romain et qui reste certainement exacte sous l'empire du code civil : « La condition illicite, ai-je dit, est une condition potestative destinée, dans l'intention de son auteur, à provoquer un fait illicite ou à restreindre le

libre exercice d'un droit qui intéresse l'ordre public (1). »

Il ne me reste plus qu'à rappeler la différence essentielle que j'ai cru découvrir entre les conditions qui tendent à provoquer un fait illicite, d'une part, et les conditions qui tendent à restreindre l'exercice d'un droit d'ordre public, d'autre part. Les premières ont nécessairement pour mobile une intention répréhensible, tandis que le but final auquel tendent les secondes peut être moralement bon. Je reviendrai sur ce point dans le chapitre suivant, qu'il me suffise pour le moment de me référer aux développements que j'ai fournis à ce sujet en droit romain (1).

Les caractères des conditions illicites étant déterminés, il me reste à examiner les diverses conditions susceptibles de tomber sous l'application des articles 900 et 1172. C'est là, je ne me le dissimule pas, la partie la plus difficile de ma tâche. Une énumération de toutes les conditions illicites que l'esprit peut concevoir ou que la pratique nous révèle serait certainement fastidieuse; il me faudra donc choisir parmi les décisions de la jurisprudence celles qui peuvent servir à éclairer et à justifier la définition que j'ai adoptée. J'estime que pour mener à bien cette entreprise il me faut tout d'abord classer soigneusement les conditions illicites afin d'arriver à établir des formules parfaitement claires

(1) *Suprà*, p. 15.

(2) *Suprà*, p. 15.

qui nous permettront de les distinguer immédiatement des conditions licites.

La classification à laquelle je me suis arrêté, après y avoir beaucoup réfléchi, est la suivante :

Je distingue tout naturellement deux grandes classes de conditions illicites : la première et la plus importante comprend toutes celles qui tendent à restreindre l'exercice d'un droit d'ordre public ; la seconde comprend celles qui tendent à provoquer un fait illicite. Cette dernière classe ne se subdivise en aucunes catégories secondaires, car les conditions qui la composent ne présentent entre elles aucune différence théorique ; mais il n'en est pas de même de la première qui comprend une série de conditions dont les caractères varient avec les droits dont elles tendent à restreindre l'exercice. Il en résulte qu'une classification rationnelle de ces conditions doit être calquée sur la classification des droits que la loi confère aux particuliers. Or nos droits se divisent en droits politiques, droits publics, et droits civils ou privés ; je diviserai donc la première classe de conditions illicites en trois catégories distinctes correspondant à ces trois catégories de droits et j'établirai une formule spéciale pour chacune d'elles. De plus, je ferai une sous-distinction que la logique impose absolument entre les conditions qui tendent à restreindre l'exercice d'un droit civil relatif à la personne, et celles qui ne restreignent que l'exercice d'un droit civil relatif au patrimoine.

SECTION II

Des conditions qui tendent à restreindre l'exercice d'un droit qui intéresse l'ordre public

I. — Droits politiques

Tous les auteurs s'accordent à reconnaître que le libre exercice de nos droits politiques intéresse l'ordre public au premier chef et ne peut être restreint par l'effet d'une condition. Ce principe est aisé à justifier : Par l'exercice de ses droits politiques, tout citoyen exerce une influence sensible sur le développement de l'Etat ; or il est clair que si ces droits ne sont exercés qu'en vue d'un but intéressé, le principe même de la souveraineté nationale se trouve absolument faussé. Cela n'aboutit à rien moins, en effet, qu'à donner une influence prépondérante au parti qui dispose des plus grandes ressources pécuniaires, et non à celui qui représente les véritables aspirations de la nation. Il ne faut donc pas hésiter à réputer illicite toute condition tendant à restreindre l'exercice d'un droit politique, et spécialement du plus important de ces droits, du droit de suffrage.

La pratique ne nous offre aucun exemple de ces conditions. Cela se comprend aisément : la corruption élec-

torale se fait dans l'ombre et sous le manteau de la cheminée; l'auteur d'une telle condition n'oserait jamais révéler au public qu'il a employé de tels procédés pour atteindre son but politique.

Les principes que je viens de développer étant absolus, et ne comportant aucune exception, je suis amené à cette formule absolument certaine que « *toute condition tendant à restreindre l'exercice d'un droit politique est essentiellement illicite.* » C'est là, je le répète, une décision qui a pour elle l'unanimité des auteurs et sur laquelle j'aurais mauvaise grâce à insister davantage.

II. — *Droits publics*

Il faut bien se garder de confondre les droits publics et les droits politiques. Tous s'exercent dans la sphère publique et ont trait aux rapports des membres de l'Etat avec l'Etat; mais il y a entre eux cette différence profonde que les droits publics appartiennent à tous les membres de l'Etat, tandis que les droits politiques n'appartiennent qu'à certains d'entre eux (1). Ainsi, les femmes et les mineurs ont la jouissance de tous les droits publics et n'ont pas celle des droits politiques.

(1) Cf. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, leçon d'ouverture, I, p. 68.

Les particuliers pouvant, par le moyen de la condition, apporter des entraves sérieuses à l'exercice d'un droit public, il me faut rechercher dans quelle mesure le libre exercice de ces droits intéresse l'ordre public. Je rappellerai tout d'abord brièvement ce qu'il faut entendre par droits publics.

« Les droits publics, dit Rossi, sont la liberté même » garantie dans ses diverses manifestations par la loi » fondamentale du pays (1). » Il en résulte que ces droits ne sont en somme que la manifestation de la personnalité humaine, car la liberté n'est que le déploiement de l'activité humaine dans la mesure où elle est compatible avec la liberté d'autrui et l'existence et le développement de l'Etat (2). C'est dire que le libre exercice de ces droits, qui sont protégés par la loi constitutionnelle dans tous les pays libres, intéresse au plus haut degré l'ordre public. Permettre aux particuliers de les restreindre en entravant leur exercice serait méconnaître le principe même d'où ils découlent et violer la liberté humaine dans ses manifestations les plus hautes. La loi ne peut donc réputer licite une condition tendant à ce but.

Ces principes ont été fréquemment appliqués par la jurisprudence. Je passerai rapidement en revue les espèces les plus intéressantes sur lesquelles les tribunaux ont eu à se prononcer.

(1) *Op. cit.*, II, p. 12.

(2) M. JALABERT, à son cours.

I. — La liberté individuelle et les droits qui s'y rattachent sont au premier rang parmi les droits publics. Je crois fermement qu'une condition qui en restreindrait sérieusement l'exercice tomberait sous l'application des articles 900 et 1172. Telle serait la condition d'habiter toujours un lieu déterminé.

La question s'est présentée devant la Cour d'Alger sous un aspect tout spécial. Il s'agissait dans l'espèce de la clause suivante : « J'impose, avait un testateur, de la » manière la plus expresse et la plus formelle à ma légataire universelle, l'obligation d'habiter Hussein-Dey, » Alger ou ses environs, sa vie durant... Je fais de l'exécution de cette obligation la condition rigoureuse, » absolue du legs universel tel que je viens de l'établir » en sa faveur. Mais si, contre toute attente, ma légataire ne jugeait pas à propos de se soumettre à cette » condition, je veux, tout en maintenant le legs universel fait en sa faveur, que la rente annuelle de » mille francs léguée à la commune d'Hussein-Dey soit » élevée à six mille francs. »

La cour d'Alger à qui l'on demandait de décider que la condition imposée était illicite répondit par les considérants suivants : « Attendu que le testateur, tout en » instituant la demoiselle Parnet sa légataire universelle, lui a imposé la condition alternative et laissé » l'option ou de venir établir son domicile et son habitation aux environs d'Alger ou de ne pas le faire ; — » que, dans le premier cas, prévoyant que des habitudes

» de vie plus onéreuses et des libéralités seraient imposées à la légataire universelle par la tradition du testateur, et que la commune d'Hussein-Dey en profiterait, il n'a grevé ladite légataire que d'une rente annuelle de mille francs ; que dans le second, prévoyant au contraire une existence plus restreinte et plus obscure en même temps qu'un préjudice indirect, il fixe la rente à six mille francs ; qu'il résulte de ce qui précède qu'il ne s'agit pas dans la cause d'une condition intéressant l'existence du legs universel, mais d'une condition qui a modifié les charges imposées à la légataire universelle par un legs particulier suivant les convenances et l'option de ladite légataire ; que l'article 900 du Code civil n'est pas applicable..... (1). »

Il résultait donc des circonstances de la cause, appréciées souverainement par la Cour, que dans l'intention du testateur, la condition était purement casuelle, et que l'augmentation de la rente que la légataire serait obligée de payer à la commune dans le cas où elle ne se soumettrait pas à la condition était, non pas une clause pénale tendant à assurer l'exécution de cette condition, mais bien la compensation des libéralités que « la tradition du testateur lui eût imposées ». Dans cette hypothèse, on ne pouvait songer à attribuer un carac-

(1) Alger, 11 janv. 1876 ; *G. du P.*, 1877, p. 903. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt.

rière illicite à la clause litigieuse puisqu'il ne s'agissait pas en réalité d'une condition potestative (1). En rejetant la demande, la Cour d'Alger n'a donc aucunement consacré une solution opposée à celle que je propose. Il semble au contraire, à lire les considérants de l'arrêt, que la cour considère *en principe* la condition d'habiter un lieu déterminé comme illicite, car elle n'écarte l'article 900 que parce « qu'il ne s'agit pas dans la cause d'une condition intéressant l'existence du legs », ce qui revient à dire que si la clause intéressait cette existence, c'est-à-dire devait être de nature à restreindre la liberté individuelle de la légataire, elle serait réputée non écrite.

Au surplus, l'opinion que j'émetts est partagée par des auteurs considérables.

II. — La pratique nous révèle une clause voisine de la précédente dont je dirai quelques mots : une personne âgée cherche parfois à s'attacher une personne plus jeune en lui faisant une donation sous la condition de rester près d'elle et de la soigner. C'est là, à n'en pas douter, une condition restrictive de la liberté individuelle ; mais l'atteinte portée à l'exercice de cette liberté est-elle assez grave pour faire rejeter la condition ? Telle est la question que les tribunaux ont eu souvent à résoudre.

(1) Comp. *suprà*, p. 158.

Je pense qu'il faut décider, en principe, que cette condition de vivre à *même pot et feu*, comme on l'appelle souvent, est parfaitement licite. Elle porte, en effet, à la liberté individuelle une atteinte beaucoup moins grave que la précédente puisqu'elle ne prétend fixer la résidence du gratifié que pour une période limitée. D'ailleurs, elle est en conformité parfaite avec les textes du Code civil qui permettent à toute personne d'engager ses services à *temps*.

Cette dernière observation m'amène cependant à formuler la restriction suivante : L'article 1780 du code civil prohibe l'engagement à *vie* des services ; or, la clause de vivre à même pot et feu peut, dans certains cas, aboutir en fait au même résultat. C'est ce qui arrivera si le donateur est plus jeune que le donataire (1). Je n'hésite pas dans ce cas à la considérer comme illicite, car elle viole manifestement le principe d'ordre public déposé dans le texte que je viens de rappeler. Il est évident d'ailleurs que la question de savoir si la condition qui prétend attacher le gratifié au disposant porte une atteinte assez grave à la liberté individuelle pour la faire rejeter est une question de fait qui reste soumise à l'appréciation souveraine des magistrats.

La jurisprudence a reconnu, à trois reprises diffé-

(1) Je crois même que cette condition devrait être rejetée si le donateur et le donataire étaient du même âge, car il est probable dans ce cas, que le donataire se trouvera engagé pour toute sa vie.

rentes la validité de la condition de vivre à même pot et feu (1). Elle a de plus décidé, avec raison à mon sens, que cette condition laisse entière la liberté du gratifié de contracter mariage. Si l'intention du disposant avait été de l'en détourner, la condition serait certainement illicite (2).

III. — Au premier rang de nos droits publics, se place, à côté de la liberté individuelle, la liberté de la pensée, et spécialement la liberté de conscience. C'est là, à n'en pas douter, un de ces droits par lesquels la personnalité humaine se manifeste directement et dans ce qu'elle a de plus inviolable. C'est dire que rien au monde ne peut en restreindre le libre exercice et que le caractère illicite de toute condition tendant à ce but ne peut faire doute pour personne : « La liberté religieuse, dit M. Bartin, est le droit de conformer notre conduite à la foi que nous nous sommes faite. Ses manifestations les plus humbles comme les plus hautes, ne sont aux yeux de la loi que la démarche raisonnée d'une conscience en quête de la vérité.... Aussi, tout acte qui implique l'exercice de cette liberté doit-il rester étranger dans sa cause prochaine aux suggestions de l'intérêt (3). »

(1) Pau, 2 janv. 1827 ; S. 1829, II, 215, et 29 avril 1834 ; S. 1874, II, 312 ; Caen, 31 juill. 1875 ; S. 1876, II, 169.

(2) Comp. *infra*, p. 218 et suiv.

(3) *Op. cit.*, p. 145.

J'en conclus que la condition imposée à une personne d'embrasser l'état ecclésiastique est sans aucun doute illicite. Cette manière de voir est adoptée par la jurisprudence : « La condition d'embrasser l'état ecclésiastique, dit un arrêt de la Cour de Grenoble du 11 août 1847, gêne la liberté de conscience (1). » Cette décision n'est pas contredite par un arrêt plus ancien de la même Cour (2) qui refusa de déclarer non écrite une condition semblable. Il résulte en effet des considérants de l'arrêt que le legs avait simplement pour but de former au légataire, qui se disposait déjà à entrer dans les ordres, son titre clérical, et n'avait aucunement pour but dans l'intention du testateur « de gêner le légataire dans sa liberté », ce qui devait avoir certainement pour résultat de soustraire la condition à l'application de l'article 900.

Le caractère illicite de la condition qui nous occupe a été contesté par M. Demolombe qui écrit que cette condition ne doit être annulée que *par exception*, lorsqu'il apparaît « que le disposant a voulu peser, par une sorte » de contrainte, sur la conscience du gratifié (3). Pour l'éminent jurisconsulte, c'est donc avant tout une question de fait à résoudre par le juge, et qui devra, dans l'immense majorité des cas, être tranchée dans le sens de la validité.

(1) DALLOZ, 1848, II, 113.

(2) Grenoble, 22 déc. 1825; *G. du P.*, 1825, p. 1071.

(3) DEMOL., XVIII, p. 278, n. 259.

J'avoue ne pas bien saisir la véritable portée de ce système. Il me semble que la condition de se faire prêtre, imposée dans une libéralité ou dans un contrat avantageux sera toujours de nature « à peser sur la conscience du gratifié », de sorte que l'exception admise par M. Demolombe absorbe en réalité la règle générale qu'il formule.

IV. — Le motif qui m'amène à décider sans hésitation que la condition de se faire prêtre est illicite s'applique avec la même force à la condition inverse, celle de ne pas se faire prêtre. Je suis encore ici en désaccord avec M. Demolombe qui valide la condition par ce motif que le disposant peut avoir « un intérêt sérieux et légitime à ce que son légataire, son neveu » par exemple, le représentant peut-être et le continuateur du nom de la famille, n'entrât point dans les « ordres sacrés (1) ». Ce motif n'a évidemment aucune valeur. Qu'importe l'intérêt du disposant ? Ce qu'il faut rechercher c'est l'influence possible de la condition sur le libre arbitre du gratifié dans une matière où toute atteinte à ce libre arbitre doit être sévèrement proscrite. Or, je ne pense pas que l'on puisse sérieusement contester que l'atteinte portée à la liberté religieuse du légataire soit moindre dans notre hypothèse que dans la précédente.

(1) XVIII, p. 288, n° 260.

Le dissentiment de M. Demolombe prouve que l'éminent auteur a perdu de vue, dans l'examen de ces diverses conditions, le principe supérieur qui domine tout le débat. J'en trouve d'ailleurs une preuve nouvelle dans la réserve qu'il fait au sujet de la condition « de vivre et de mourir dans une religion déterminée ». C'est un point constant en doctrine et en jurisprudence (1) que cette condition est illicite au premier chef parce qu'elle est directement contraire à la liberté religieuse, M. Demolombe estime cependant qu'elle sera licite « si le disposant craignant qu'un de ses parents ne se convertît à une religion différente, lui » avait imposé la condition de garder la religion » catholique qui est celle de ses pères et de toute sa » famille ». Cette restriction est la ruine du principe même dont M. Demolombe ne conteste pas cependant le bien fondé, et doit être absolument rejetée. Comme le dit M. Bartin dans un style d'une énergique clarté : « La religion n'est plus, une tradition » de famille, mais un acte de foi personnel que chacun » doit faire dans la plénitude de son indépendance (2). »

V. — Le moment est venu d'examiner une question intéressante que j'ai réservée jusqu'ici et qui confine à celle que je viens d'étudier.

(1) Voy. Colmar, 9 mars 1827, *J. du P.* 1827, p. 236.

(2) *Op. cit.*, p. 153.

Il s'agit de savoir s'il ne faut pas assimiler à la condition de se faire prêtre, celle dont j'ai déjà parlé longuement et qui impose à une commune l'entretien d'une école d'un caractère confessionnel.

L'intérêt de la question est considérable. Si l'on admet, comme je l'ai fait dans le chapitre précédent, que cette condition résolutoire est possible et licite, la loi du 30 octobre 1886 a eu pour effet d'en procurer l'accomplissement, et par suite de faire rentrer dans le patrimoine du donateur les biens aliénés. Si l'on pense, au contraire, que la condition est illicite parce qu'elle impose aux pères de famille de la commune l'obligation d'élever leurs enfants dans une religion déterminée, il faudra la réputer non écrite *ab initio*, de sorte que la commune deviendra pleinement et librement propriétaire des biens qui composent la fondation.

Ce système que j'ai déjà repoussé par avance en décidant que ces libéralités se trouvent résolues par la loi du 30 octobre, me paraît absolument inadmissible. Il part d'un principe complètement faux, à mon sens, en assimilant la commune, être abstrait, à l'individu, être concret. La condition peut avoir une influence sensible sur la liberté de l'individu mais non sur la liberté des personnes placées à la tête de la commune, qui ne sont pas personnellement intéressées au maintien de la libéralité. La diminution que subirait le patrimoine de la commune si l'objet de la

fondation venait à lui être enlevé ne les atteint pas en effet dans leurs propres intérêts. Je crois donc fermement que la liberté du conseil municipal de confier l'enseignement primaire à tel personnel qu'il croira devoir choisir ne peut être influencée gravement par la condition, et j'en conclus que cette condition est parfaitement licite. J'ajoute que la direction des intérêts de la commune est en principe confiée à des citoyens honorables qui ne rechercheront que l'intérêt supérieur de l'enseignement public sans s'arrêter à des considérations pécuniaires. En décidant ainsi, j'imite les jurisconsultes romains lorsqu'ils validaient la condition *jurisjurandi* imposée à un *municipe* (1).

Les motifs qui me portent à valider cette condition dont la jurisprudence n'a jamais hésité à reconnaître le caractère licite antérieurement à la loi du 30 octobre 1886, m'invitent à repousser la distinction que fait M. Martin (2) entre les donations antérieures à la loi du 28 mars 1882 et les libéralités faites aux communes après cette époque. Pour moi, la condition est restée licite après comme avant cette loi qui consacre la distinction entre l'enseignement laïque et l'enseignement religieux.

J'ai ainsi examiné les conditions qui ont trait aux droits publics les plus importants. Je crois que cette

(1). *Comp. supra*, p. 89.

(2). *Op. cit.*, p. 89 et suiv.

étude suffit à dégager nettement le caractère absolu de ces droits et à mettre en lumière le caractère illicite de toutes les conditions qui tendent à en restreindre le libre exercice. Je citerai en outre, à titre d'exemple, la condition qui prétendait imposer à une personne le choix d'une profession déterminée, — ou encore celle qui restreindrait la faculté que possède tout individu de publier ses opinions par la voie de la presse, — et enfin celles qui seraient contraires à la liberté de l'enseignement. Bref, j'arrive à cette formule qui fait le pendant de la précédente que « *toute condition tendant à restreindre l'exercice d'un droit public est essentiellement illicite* ».

III. — *Droits civils (ou privés).*

J'arrive, avec les droits civils, à la partie la plus difficile de notre matière. C'est surtout lorsqu'il s'agit de nos droits privés qu'il est difficile de déterminer la mesure où le libre exercice de nos facultés légales intéresse ou non l'ordre public.

Pour plus de clarté, je m'occuperai séparément, comme je l'ai annoncé plus haut (1), des droits privés qui ont trait à la personne et des droits privés relatifs au patrimoine.

(1). *Suprà*, p. 200.

A. *Droits civils relatifs à la personne.* — Sur cette première catégorie de droits, le doute ne peut, à mon sens, exister sérieusement. L'état et la capacité des personnes sont protégés par des droits inaliénables, et cette protection serait absolument inefficace si l'exercice de ces droits rencontrait une entrave, — j'entends une entrave sérieuse, — dans les actes conditionnels. Je leur applique donc sans hésiter la formule que je viens d'adopter au sujet des droits publics : *« toute condition tendant à restreindre le libre exercice d'un de ces droits est en principe illicite »*.

La justification de cette décision par l'examen des principales hypothèses sur lesquelles les tribunaux ont eu à se prononcer, sera aisée.

J'étudierai tout d'abord les conditions qui ont trait au mariage. Des auteurs les rangent dans la catégorie des conditions contraires aux mœurs. Cette classification me semble défectueuse. Ces conditions puisent leur caractère illicite dans l'entrave qu'elles apportent

l'exercice d'un droit civil ; à ce titre, elles ne doivent pas être séparées des autres conditions que je vais étudier après elles. Il est contradictoire, à mon sens, d'étudier séparément les conditions relatives au mariage et celles qui tendent par exemple à restreindre l'exercice de la puissance paternelle. N'est-il pas évident qu'elles présentent les mêmes caractères ? La supériorité de la méthode que je crois devoir employer, apparaîtra d'ail-

leurs plus nettement encore lorsque j'aurai dégagé la notion des conditions contraires aux mœurs (1).

Avant d'aborder l'étude des conditions restrictives de la liberté du mariage, je dois faire deux observations importantes qui nous donneront la clef de beaucoup de décisions judiciaires qui paraissent en contradiction avec la formule générale que je viens d'adopter :

1° Il est devenu banal de dire que l'esprit général de notre droit est de favoriser le mariage. Des textes nombreux, et notamment les articles 151 et suivants en sont une preuve éclatante. Il en résulte que toute condition qui tend à pousser au mariage se trouve en conformité parfaite avec cet esprit et doit, par conséquent, être réputée licite bien qu'elle porte une atteinte certaine à la liberté de ceux à qui on l'impose. C'est là une exception remarquable à la règle générale que j'ai formulée. Dans le conflit qui s'élève entre le principe de la liberté humaine et l'intérêt du corps social, la loi prend parti pour la société ; elle admet une restriction sérieuse à la liberté des individus en matière de mariage afin de protéger l'État contre le danger incontestable que lui fait courir le célibat. En un mot, le législateur français n'a pas abandonné absolument l'idée ancienne dont les lois caduques furent l'expression brutale et la mise en œuvre excessive.

(1) *Infra*, chap. III, p. 248 et suiv.

De nos jours, comme à Rome, cette sollicitude du législateur pour le mariage devait avoir une certaine influence sur la théorie des conditions illicites. Il ne faudra donc pas nous étonner si nous voyons les tribunaux valider sans hésitation ces clauses restrictives de la liberté du mariage, lorsqu'elles tendent à le provoquer, de même que nous avons vu à Rome des conditions de cette nature admises par les jurisconsultes comme conséquences logiques de l'esprit qui avait inspiré les lois caducaires (1).

2° La seconde observation que j'ai annoncée a moins d'importance, mais est utile à retenir : La loi n'entoure pas de la même faveur les seconds mariages que les premiers. Je crois, au contraire, qu'il n'est pas téméraire d'affirmer qu'elle tend à en restreindre le nombre le plus possible. Cela résulte d'un ensemble de textes dont l'idée commune apparaît aux yeux des moins clairvoyants (2). La conséquence pratique que la jurisprudence a tirée, avec raison, à mon sens, de cette défiance du législateur contre les secondes unions est que la condition qui tend à les entraver est

(1) Comp. *suprà*, p. x.

(2) Il est à noter que ces textes sont surtout défavorables aux seconds mariages des femmes. J'en conclus que les tribunaux pourront, dans certains cas, réputer illicite la condition qui tend à détourner un homme veuf (ou divorcé) du mariage, tandis que cette condition imposée à une femme est licite en principe (Voyez cependant *infra*, p. 224.)

licite, bien qu'elle porte atteinte à la liberté du mariage.

Ainsi donc, en matière de mariage, le principe fondamental, que j'ai posé au début de mes explications, reçoit deux exceptions exorbitantes, motivées par l'intérêt supérieur de l'existence et du développement de l'État.

Je n'ai pas à rechercher ici si la loi n'a pas exagéré la faveur dont il convient d'entourer le mariage; qu'il me suffise de constater qu'elle existe et d'en rechercher les conséquences au point de vue de la théorie des conditions illicites, en parcourant rapidement les espèces que les recueils de jurisprudence offrent à notre étude.

La première condition que j'étudierai et la plus importante est celle qui tend directement à imposer le célibat. A mes yeux, elle est absolument illicite, quel que soit le mobile qui l'a inspirée. Des observations que je viens de présenter, il résulte, en effet, qu'elle est doublement en conflit avec la loi : d'abord, parce qu'elle restreint le libre exercice d'un droit essentiel, et, en second lieu, parce qu'elle détourne du mariage, que la loi favorise.

Je ne saurais donc protester avec trop d'énergie contre les décisions judiciaires qui ont validé la condition de ne pas se marier. La Cour de Paris et la Cour de Caen à qui nous devons deux décisions semblables (1)

(1) Paris, 1^{er} avril 1862, DALLOZ, 1862, II, 77; Caen, 16 mars 1875, DALLOZ, 1876, II, 237.

ont méconnu, à mon sens, le caractère véritable de la condition qui leur était soumise. Je reconnais que, dans les deux espèces dont je m'occupe, la clause litigieuse se présentait sous un jour éminemment favorable ; l'intention certaine du disposant était, dans les deux cas, d'éviter que la fortune léguée ne soit l'objet d'une honteuse spéculation de la part de la personne qui épouserait le légataire ; mais ces circonstances spéciales, si elles expliquent les arrêts que je critique, ne les justifient certes pas au point de vue juridique. « La condition absolue de ne pas contracter » mariage, disait, en 1862, à la Cour de Paris, l'organe » du ministère public, est nulle, parce qu'elle entrave » la liberté de l'homme dans la chose qui lui importe » le plus, dans l'accomplissement de sa destinée. » La raison péremptoire qui me pousse à rejeter la solution consacrée par les arrêts se trouve admirablement résumée dans cette phrase d'une énergique concision. Et que l'on ne m'objecte pas, avec les arrêts, que l'intention du disposant était irréprochable et que les circonstances n'ont que trop justifié les appréhensions qui le portèrent à imposer le célibat à son légataire. Je réponds que la liberté du gratifié doit toujours rester entière, parce que rien ne nous autorise à affirmer à l'avance que son mariage « le livrera certainement en proie à de honteuses avidités » (1) ; il peut se faire que

(1) C'est ainsi que s'exprime l'arrêt précité de la Cour de Paris.

le mariage ait des causes parfaitement légitimes, et, dans ce cas, la condition aura eu pour effet de restreindre inutilement la liberté du légataire dans ce qu'elle a de plus sacré. En un mot, s'il peut être probable que la condition aura un effet salutaire, ce ne sera jamais certain.

L'erreur commise par les Cours de Paris et de Caen tient, je crois, à ce que les magistrats ont vu, dans la condition relative au mariage, une condition qui touche à la morale. Cela démontre combien il est essentiel de bien mettre en lumière, comme je me suis efforcé de le faire, le caractère illicite de la condition qui nous occupe. Elle peut, sans aucun doute, comme toute condition illicite, être conforme ou contraire aux mœurs, mais cela n'influe en rien sur son caractère illicite, le seul auquel il soit utile de s'attacher.

Je terminerai sur la condition de ne pas se marier, en faisant observer qu'elle a été proscrite de tout temps. Je me suis expliqué sur ce point en droit romain (1). Dans notre ancien droit, cette prohibition était également admise (2). Enfin, l'on connaît l'esprit du droit intermédiaire sur ce sujet et les dispositions légales où il s'est manifesté. De nos jours, le code sarde a consacré la prohibition dans son article 822 :

(1) *Suprà*, p. 71.

(2) FURGOLE, n° 54. — RICARD, *Dispos. cond.*, n° 263.

« Toute condition qui empêcherait quelqu'un de se marier ou de se remarier, dit ce texte, est contraire à la loi. »

La jurisprudence n'a pas toujours sanctionné la théorie que je viens de combattre. Un arrêt de la Cour de Paris, du 29 avril 1874 (1), a adopté les motifs qui m'ont amené à la repousser. D'autre part, la jurisprudence a déclaré non écrite une condition qui porte certainement une atteinte moins grave à la liberté du mariage. Il s'agit de la condition de ne se marier qu'avec le consentement d'un tiers, lorsque ce tiers n'est pas un ascendant dont la loi exige l'assentiment : « Cette condition, dit la Cour de Paris dans un arrêt » du 7 juin 1849 (2), est contraire à la liberté du mariage, laquelle est d'ordre public ; dès lors, elle doit » être réputée non écrite dans les dispositions testamentaires. »

Je note en passant que la condition illicite dont il s'agit était certainement conforme aux mœurs, puisque le tiers chargé de donner son consentement était l'oncle de la légataire, dont les sentiments d'affection envers elle étaient une garantie suffisante des mobiles qui auraient pu le décider à donner ou à refuser son consentement. La Cour de Paris a pensé avec raison que cela n'influait en rien sur le caractère illicite de

(1) *J. du P.*, 1874, p. 1290.

(2) *DALLOZ*, 1849, II, 151.

la condition ; elle a donc fait l'application pure et simple des principes que je me suis efforcé de justifier (1).

J'ai étudié jusqu'ici les conditions qui tendent à détourner du mariage. Le moment est venu d'examiner celles qui tendent à y pousser. C'est ici que l'observation que j'ai faite plus haut, sur la faveur dont le législateur entoure le mariage, trouvera son application.

Au premier rang de ces conditions, se place celle « de se marier » sans que la personne à qui le gratifié sera tenu de s'unir soit désignée.

Cette condition est à coup sûr restrictive de la liberté du mariage, ni plus ni moins que la condition de se faire prêtre ne l'est de la liberté de conscience. La jurisprudence et la doctrine s'accordent néanmoins pour la valider. Cette décision, que j'approuve en principe, ne doit pas nous surprendre. C'est l'application de l'exception que j'ai annoncée plus haut : Le célibat, ai-je dit, s'il venait à être fréquent, serait un danger pour la société ; celle-ci a donc un intérêt certain à ce que les citoyens en soient détournés. Mais c'est là, et je ne saurais trop insister sur ce point, une exception toute spéciale aux principes généraux relatifs aux conditions illicites, qu'il faut restreindre dans ses plus étroites limites et n'appliquer qu'avec discernement.

C'est ainsi que je considère comme illicite la condi-

(1) Comp. *infra*, p. 249 et suiv.

tion de se marier avec une personne déterminée. Cette décision qui a été admise par un arrêt de la Cour de Bastia, du 2 juin 1828 (1), et par quelques auteurs, a contre elle un arrêt de la Cour de Lyon, du 27 mars 1868 (2), et la majorité de la doctrine. Cela ne doit pas nous étonner, la clause dont je m'occupe a pour effet certain de détourner le gratifié du célibat ; à ce titre, elle est conforme à la loi. Mais cette considération n'ébranle pas ma conviction. La faveur, peut-être excessive, dont la loi entoure le mariage ne justifie certes pas une atteinte aussi grave à la liberté. Qui ne voit, en effet, combien cette nouvelle condition est différente de la précédente ? La première, si elle tend à pousser au mariage, laisse entière la liberté de celui à qui on l'impose sur le choix de la personne à laquelle il s'unira, tandis que la seconde, en prétendant imposer ce choix, anéantit absolument le libre arbitre du gratifié.

Il serait puéril d'objecter à cette décision, comme le fait M. Demolombe, que toutes les libéralités faites en faveur du mariage sont subordonnées à cette condition. L'objection ne porte pas, car les donations faites en vue du mariage n'ont pas pour but de peser sur la volonté du donataire. Lorsqu'elles interviennent, le mariage est décidé ; il est sur le point de s'accomplir ;

(1) DALLOZ, 1828, II, 250.

(2) SIREY, 1868, II, 307.

le donateur n'a donc pu avoir l'intention de peser sur la volonté des époux. En un mot, la condition est dans cette hypothèse purement casuelle et non potestative, ce qui suffit pour lui enlever tout caractère illicite (1).

Il ne me reste plus, pour terminer l'étude des principales clauses relatives au mariage, qu'à examiner la condition de viduité. Une jurisprudence à peu près constante la considère comme licite. Cette solution me paraît juste en principe et s'explique par les considérations que j'ai fait valoir plus haut au sujet des seconds mariages (2). Il est socialement utile que ces unions soient peu fréquentes, telle est, à n'en pas douter, l'idée inspiratrice d'un grand nombre de textes du code civil. La conséquence nécessaire de cette idée est que la condition qui tend à les entraver est conforme à la loi. Nous sommes donc ici en présence d'une nouvelle exception aux principes généraux des conditions illicites qui doit être restreinte dans les limites les plus strictes. C'est pourquoi j'incline à penser que le caractère licite de cette condition peut disparaître à raison des circonstances de fait qui l'accompagnent. Il peut se faire, en effet, que les motifs qui ont porté le législateur à édicter les textes dont je viens de parler tout à l'heure, fassent absolument défaut dans l'espèce. Dans ce cas, l'intérêt ma-

(1) Comp. *suprà*, p. 197.

(2) *Suprà*, p. 217.

Les conditions qui tendent à restreindre l'exercice de la société disparaît pour laisser subsister entier le principe de la liberté du mariage et pour repousser la condition qui tend à la restreindre. C'est ainsi que je ne crois pas que l'on puisse critiquer un arrêt de la Cour de Liège du 11 janvier 1883 (1) qui annula la condition de viduité imposée « à une femme » encore jeune, n'ayant aucun enfant de son premier mariage, et étant impliquée comme commerçante dans des affaires nombreuses et difficiles, en telle sorte qu'un second mariage est pour elle un acte raisonnable utile et désirable ».

J'en ai ainsi terminé avec les conditions qui tendent à restreindre la liberté du mariage. Avant de passer aux droits relatifs au patrimoine, je dirai quelques mots des autres conditions qui tendent à restreindre l'exercice d'un droit relatif à la personne.

Nul doute que l'exercice des droits relatifs à l'état ne puisse être restreint par l'effet d'une condition. Les recueils de jurisprudences sont à peu près muets sur ce sujet et cela se comprend aisément. Je n'ai trouvé qu'une seule espèce relative à cet ordre d'idées : il s'agissait d'un legs fait sous la condition que le légataire ne rechercherait pas sa mère naturelle. La cour de Paris l'a naturellement déclarée illicite (2).

(1) DALLOZ, 884, II, 62.

(2) Paris, 24 juin 1857, DALLOZ, II, 154.

de la puissance maritale ou de la puissance paternelle se rencontrent plus souvent dans la pratique. Leur caractère illicite ne saurait davantage faire l'objet d'un doute sérieux. C'est ainsi qu'il faudrait rejeter sans hésitation la condition imposée au mari de donner ou de refuser son autorisation à sa femme lorsqu'il en est requis ; — ou celle imposée à un père de ne pas exercer son droit de correction ; — ou d'élever ses enfants dans telle ou telle religion. Cette dernière condition se rencontre parfois dans les contrats de mariage ; elle a toujours été jugée illicite par les tribunaux.

Il serait superflu d'insister davantage sur les droits privés relatifs à l'état et à la capacité des personnes. Ma formule se trouve désormais parfaitement justifiée, et les quelques espèces que j'ai rapidement passées en revue démontrent péremptoirement que le libre exercice de ces droits est d'ordre public sauf les exceptions toutes spéciales que j'ai signalées au sujet du mariage. Le moment est venu d'aborder l'étude des droits privés relatifs au patrimoine.

B. *Droits civils relatifs au patrimoine.* — Ici la tâche de l'interprète devient très difficile. Jusqu'ici, nous n'avons rencontré que des droits dont on ne peut en principe restreindre l'exercice par l'effet d'une condition, parce qu'ils se rapportent directement à la personne, soit qu'on l'envisage dans ses rapports avec l'Etat, soit qu'on la considère dans les rapports

des particuliers entre eux. Les droits qu'il me reste à examiner sont bien différents. Leur exercice n'intéresse en aucune façon la personnalité humaine ; ils ne servent qu'à sauvegarder des intérêts exclusivement pécuniaires, de sorte, qu'en principe, la condition qui tend à restreindre leur libre exercice n'est aucunement contraire à l'ordre public. Cependant la liste des conditions relatives aux droits pécuniaires que la jurisprudence et la doctrine s'accordent à réputer illicites est assez longue. Je dois donc dégager les caractères distinctifs de ces conditions, ou, en d'autres termes, rechercher les cas où l'exercice d'un droit civil purement pécuniaire, intéresse l'ordre public à ce point que la loi ne puisse sans danger permettre aux particuliers de le restreindre par le jeu de la condition.

Pour arriver à établir une formule claire et précise, comprenant toutes les hypothèses que l'esprit peut concevoir, je commencerai par étudier les espèces principales sur lesquelles les tribunaux ont eu à se prononcer. Cette étude me permettra de critiquer certaines décisions judiciaires anciennes qui ont faussement appliqué les principes que je vais dégager et qu'une jurisprudence plus récente a définitivement condamnées. Cela me permettra de comparer la formule dont se servent les arrêts pour qualifier les conditions illicites relatives aux droits privés pécuniaires, avec la formule que j'ai cru devoir adopter, et qui ne diffère entre elles, je le dis dès maintenant, que par l'expression.

Il est utile, pour l'intelligence de ce qui va suivre, d'ouvrir une courte parenthèse où je ferai connaître le moyen pratique employé fréquemment par les particuliers pour porter atteinte au libre exercice d'un droit privé pécuniaire en matière d'actes à titre gratuit. Je veux parler de la *clause pénale*, dont les recueils de jurisprudence nous offrent de si fréquents exemples.

Un de ces exemples que j'emprunte à un arrêt de cassation du 30 juillet 1827 donnera une notion précise de cette clause. Un père avait légué un préciput à l'aîné de ses enfants et avait ajouté : « Dans le cas où » mon légataire décéderait sans enfants, je lui défends » de transmettre l'avantage préciputaire que je lui fais » à une famille étrangère, mais de le remettre à ses » frères et sœurs ou à leurs héritiers légitimes..... » *Si mes autres enfants mettent obstacle à l'exécution » de mon testament, je les prive de tous droits à ma suc-* » *cession.* »

Il résulte de cet exemple que la clause pénale n'est autre chose qu'une *destination ultérieure* de la libéralité pour le cas où le légataire ne se conformerait pas à la volonté du disposant. C'est une *peine* que celui-ci inflige au gratifié qui n'exécute pas la condition, en le privant d'un droit qu'il est libre de lui ôter.

L'effet de la clause pénale est aisé à concevoir. Si la condition imposée est licite, le refus du gratifié de l'accomplir entraînera la dévolution de la libéralité à ses héritiers ou à la personne désignée par le dispo-

sant pour la recueillir à son défaut. Si la condition est illicite, elle sera réputée non écrite, ce qui aura pour effet d'anéantir la clause pénale qui n'en est que la sanction, de sorte que le gratifié se trouvera dégagé de l'obligation d'exécuter la condition, sans craindre de perdre l'objet de la libéralité.

La clause pénale n'est donc, en dernière analyse, qu'une condition résolutoire destinée à peser sur la volonté du gratifié et à l'amener à se conformer au vœu du disposant.

Je ferme ici la parenthèse destinée à nous faire connaître la clause pénale et j'aborde l'étude des conditions qui tendent à restreindre l'exercice d'un droit privé pécuniaire.

Au premier rang des droits civils relatifs au patrimoine se trouve le droit de propriété. Or le libre exercice de ce droit comprend la faculté d'aliéner nos biens. Je dois donc, avant tout, examiner si les conditions qui tendent à restreindre cette faculté est ou non licite.

Il va sans dire que, dans tous les développements qui vont suivre, je me référerai uniquement à la simple défense d'aliéner sans m'occuper de la clause d'inaliénabilité. Celle-ci, on se le rappelle, constitue une condition *juridiquement impossible*, et à ce titre ne doit pas m'arrêter en ce moment. Qu'il me suffise de me référer à la partie de ce travail où je m'en occupe (1),

(1) *Suprà*, p. 192 et suiv.

et où je fais ressortir la différence qui la sépare de la simple prohibition d'aliéner, dont je vais m'occuper dans les lignes suivantes.

La condition qui impose à une personne l'obligation de ne pas aliéner un bien déterminé met évidemment en présence des intérêts divers également respectables. Tout d'abord, il est certain que l'ordre public est intéressé à ce que les biens circulent librement, et que leur aliénation n'ait d'autre mobile que l'intérêt du propriétaire. Cette vérité économique, passée à l'état d'axiome, n'a plus besoin d'être démontrée; qu'il me suffise de la formuler sans m'attarder à en fournir la justification. Envisagée à ce point de vue, la question que nous avons à résoudre semble bien devoir être tranchée dans le sens de la négative. La loi, semble-t-il, ne peut prêter son appui à une condition aussi contraire à l'intérêt de la société. Mais l'étude approfondie du problème ne tarde pas à faire pénétrer un doute sérieux dans l'esprit : à côté de l'intérêt considérable que je viens de signaler, l'on ne tarde pas en effet à en découvrir d'autres qui, eux aussi, ont leur valeur. Il s'agit de l'intérêt des particuliers pour qui la défense d'aliéner est souvent l'unique moyen d'éviter un préjudice considérable. Je citerai immédiatement des exemples fort simples afin de faire toucher du doigt la vérité pratique de ce que j'avance : C'est, par exemple, un ascendant qui, en faisant une donation à l'un de ses descendants, lui impose de s'abstenir d'aliéner le bien donné afin de

sauvegarder son droit de retour ; — ou encore, c'est un fils qui fait une donation à un tiers à la condition que le donataire servira une rente viagère à sa mère, et qui stipule que le bien ne pourra être aliéné, dans le but essentiellement louable d'assurer le paiement exact des arrérages de la rente. Le législateur ne pouvait certainement sacrifier complètement des intérêts aussi respectables ; dans plusieurs hypothèses dont je dirai quelques mots tout à l'heure, il a, au contraire, résolument fait exception au principe de la libre circulation des richesses, par respect pour des intérêts privés. Il me faut donc rechercher la mesure où il importe de concilier les droits de la société et ceux des particuliers, en m'inspirant de ces décisions spéciales auxquelles je viens de faire allusion et qui nous révèlent l'esprit général du législateur en cette matière.

La défense d'aliéner peut avoir pour but de sauvegarder les intérêts de trois catégories de personnes : 1° l'intérêt de l'auteur de la condition ; 2° l'intérêt d'un tiers ; 3° l'intérêt de celui à qui elle est imposée. — J'étudierai successivement ces trois hypothèses au sujet desquelles les décisions judiciaires ne manquent pas.

La défense d'aliéner imposée par un testateur ou un donateur dans son propre intérêt me paraît essentiellement licite. Cette manière de voir est partagée par une jurisprudence absolument constante, et ne saurait être sérieusement contestée si l'intérêt du disposant est assez sérieux pour justifier l'insertion de la condition.

J'ai déjà eu occasion de citer un exemple où cet intérêt est évident, la pratique m'en offre un second peut être encore plus topique : Il s'agit du cas où une personne se dépouille d'un bien avec réserve de l'usufruit, et, afin de mettre sa jouissance à l'abri de toute espèce de troubles, stipule que le donataire ne pourra aliéner la nue-propriété tant que l'usufruit ne sera pas éteint. Ces intérêts sont évidemment trop respectables pour que la loi ne leur donne pas satisfaction ; d'autant plus que le principe de la libre circulation des richesses ne reçoit ici qu'une atteinte temporaire et par suite peu dange-reuse.

Ce motif étant applicable aux actes à titre onéreux comme aux actes à titre gratuit, je n'hésite pas à généraliser la décision que j'ai semblé restreindre jusqu'ici aux actes de disposition. D'ailleurs, il ne serait rationnel de distinguer entre une aliénation gratuite et une aliénation à titre onéreux, que si la défense d'aliéner avait pour effet, dans ce dernier cas, de soustraire le bien auquel elle se rapporte à l'action des créanciers de l'acquéreur, ce qu'il faudrait se garder de croire. La clause qui nous occupe ne porte aucunement atteinte au droit de saisie et doit, en conséquence, être validée dans tous les actes juridiques.

Lorsque la défense d'aliéner a pour cause l'intérêt légitime d'un tiers, je crois encore qu'elle doit être considérée comme parfaitement licite. Les intérêts qu'elle sanctionne, et que l'exemple que j'en ai donné

plus haut ont mis en évidence, sont trop respectables pour que l'on puisse songer à faire prévaloir sur eux l'intérêt plus lointain de la société. J'en conclus, comme dans l'hypothèse précédente que cette solution doit être appliquée indistinctement aux actes à titre onéreux comme aux actes à titre gratuit.

Reste la dernière hypothèse, où la condition a pour cause le seul intérêt de la personne à qui la prohibition s'adresse. Ce sera, par exemple, un testateur qui, redoutant la prodigalité de son légataire, lui interdira d'aliéner le bien légué.

Cette hypothèse est plus délicate que la précédente. La jurisprudence s'est montrée quelque peu hésitante à son égard, et, dans la doctrine, des auteurs considérables l'ont franchement résolue dans le sens de la nullité de la condition. Je n'hésite pas, pour ma part, à la déclarer licite quel que soit l'acte qu'elle affecte. La question est la même, à mon sens, dans les trois hypothèses : Il s'agit de comparer l'intérêt général auquel la prohibition d'aliéner porte une atteinte certaine et l'intérêt des particuliers souvent encore plus intéressés à sa validité. Posée ainsi, la question me semble devoir être toujours résolue dans le même sens quelle que soit la personne à qui l'insertion de la condition doive profiter.

L'on objecte, à cette manière, de voir que l'auteur de la condition « crée une sorte d'incapacité de fait... en » fondant cette défense sur la faiblesse d'esprit du gra-

» tifié... et qu'il heurte ainsi un principe supérieur aux
» conventions humaines, et que la loi veut si bien y
» soustraire, qu'elle organise elle-même dans les
» articles 499 et 513 un système de protection contre
» l'abus qu'on peut en faire » (1). Je réponds que si la loi
organise ainsi un système de protection légal contre
l'esprit de prodigalité c'est que ce système peut seul
apporter un remède absolu au danger qu'il s'agit de
conjurér. La simple prohibition d'aliéner, limitative-
ment restreinte à certains biens, n'a qu'un effet relatif
et par suite insuffisant; il ne faut donc pas nous étonner
si la loi vient suppléer à son inefficacité. Je note d'ail-
leurs que l'auteur de l'objection que je viens de citer
est le premier à reconnaître combien il serait désirable
de valider la condition puisqu'il émet le vœu qu'une
décision législative vienne lever l'obstacle qu'il croit
découvrir à sa validité (2).

J'ai justifié jusqu'ici les diverses solutions que je
propose par des considérations générales et théoriques.
Il me reste, pour être complet, à montrer qu'elles
cadrent bien avec l'esprit du législateur et qu'il a
consacré formellement, dans quelques hypothèses spé-
ciales, des règles analogues.

Plusieurs textes du Code civil frappent certains biens
d'inaliénabilité. Ces textes ont toujours pour but la
protection de certains intérêts particuliers, auxquels

(1) BARTIN, *op. cit.*, p. 181.

(2) *Ibid.*

la loi donne le pas sur l'intérêt général. Je trouve donc dans ces dispositions la preuve éclatante que le législateur n'hésite pas à donner, en notre matière, satisfaction aux intérêts des particuliers lorsque cet intérêt est assez considérable pour justifier une pareille dérogation au principe de la libre circulation des biens.

Cette preuve m'est fournie tout d'abord par les articles 1048 et suivants qui autorisent toute personne à grever dans certains cas sa quotité disponible de substitution, ce qui, au point de vue économique, équivaut à une défense absolue d'aliéner. Elle résulte, en second lieu, des articles 1554 et suivants qui frappent d'inaliénabilité le fonds dotal.

Il serait puéril, à mon sens, de nier l'esprit que ces deux dispositions nous révèlent : le législateur, par le soin qu'il met à réglementer les conditions de l'inaliénabilité et les limites qui la restreignent témoigne de l'importance qu'il attache au principe de la libre circulation des biens ; mais, d'autre part, en autorisant formellement les particuliers à soustraire, dans certains cas, des biens au commerce, il nous donne la preuve évidente qu'un intérêt particulier sérieux lui suffit pour autoriser une dérogation au principe. J'en conclus avec certitude que la défense d'aliéner sera toujours licite quand elle répondra à l'intérêt, bien entendu, d'une personne déterminée, intérêt dont la valeur reste soumise à l'appréciation souveraine des tribunaux.

Le caractère illicite d'une prohibition d'aliéner qui

ne répond pas à un intérêt suffisant, résulte donc de ce que cette condition *tend à nous enlever un droit civil pécuniaire qui garantit le principe d'ordre public de la libre circulation des richesses*. Cette observation sera utile à retenir lorsque j'arriverai à la détermination de la formule générale qui comprendra toutes les conditions illicites de la catégorie que j'étudie en ce moment, et que j'établirai lorsque j'aurai étudié quelques autres conditions relatives à l'exercice d'un de ces droits.

Avant d'abandonner l'étude de la défense d'aliéner, je ferai observer en deux mots que la défense de saisir, lorsqu'elle consiste simplement en une promesse du gratifié de faire en sorte que ses créanciers ne saisiront pas le bien qui en est l'objet, me paraît, comme à M. Bartin (1), très licite en principe. L'article 1120 autorise formellement, en effet, la promesse personnelle du fait d'autrui, et la défense de saisir ainsi entendue n'est pas autre chose. Si celui à qui elle est imposée n'arrive pas à empêcher la saisie, nous nous trouvons dans le cas prévu par l'article 1120 *in fine*, avec cette différence que l'indemnité dont parle ce texte sera dans l'espèce remplacée par la résolution de l'acte intervenu.

Est-il besoin de faire observer que la défense de saisir tend à restreindre le libre exercice d'un droit civil pécuniaire qui, comme le précédent, garantit dans une

(1) *Op. cit.*, p. 192 et suiv.

certaine mesure le principe de la libre circulation des biens? J'en conclus que, pour qu'elle soit licite, il faut qu'elle réponde à l'intérêt sérieux d'une personne déterminée.

J'arrive maintenant à une classe de conditions que la jurisprudence répute illicites parce qu'elles tendent à provoquer la renonciation à une action destinée à sanctionner un droit d'ordre public que le disposant veut nous enlever. Les plus importantes sont celles qui nous sollicitent à ne pas exercer l'action en réduction que l'article 920 nous confère et qui portent ainsi une atteinte indirecte à la réserve.

C'est ainsi que la clause pénale qui aurait pour but de faire respecter le testament par lequel un ascendant aurait imposé à l'un de ses successibles une charge quelconque grevant sa réserve devrait être annulée comme illicite.

C'est, à peu de chose près, l'espèce d'un arrêt de la Cour de Cassation du 9 décembre 1862 (1). Un ascendant, dans un partage entre ses enfants s'était reconnu débiteur envers l'un d'eux d'une somme importante, et avait sanctionné ses dispositions par une clause pénale qui avait pour but de priver de sa part dans le disponible celui d'entre eux qui attaquerait le partage. Il fut établi aux débats que la dette était fictive et constituait par suite une libéralité déguisée. Comme d'autre

(1) *J. du P.* 1864, p. 881.

part cette libéralité excédait le montant de la quotité disponible, le prétendu créancier se trouvait avantagé au delà des limites fixées par la loi. La clause pénale avait donc pour but d'amener ses cohéritiers à respecter une disposition qui portait atteinte à leur réserve en les déterminant à ne pas exercer l'action en réduction. La Cour décida avec raison qu'une telle condition devait être réputée non écrite ainsi que la clause pénale qui la sanctionne : « Attendu, dit l'arrêt, » que si le testateur peut garantir par une clause » pénale l'exécution de ses dernières volontés, ce n'est » qu'autant qu'elles ne sont pas contraires à la loi ; » que cette clause est réputée non écrite quand elle » couvre une illégalité ; que, notamment, le légataire » peut, sans encourir la peine stipulée, prétendre que » la disposition que le testateur lui défend d'attaquer » porte atteinte à sa réserve..... »

Je citerai encore comme exemples de conditions illicites qui tendent à restreindre l'exercice d'une action, celles qui auraient pour but de protéger une disposition nulle, lorsque cette nullité intéresse l'ordre public. M. Demolombe nous donne de ces conditions quatre exemples parfaitement topiques (1) : C'est tout d'abord un disposant qui, après avoir fait une substitution prohibée, prive de sa part dans la quotité disponible celui de ses héritiers qui attaquerait la disposition. C'est

(1) XVIII, p. 301 et suiv., nos 283 et suiv.

ensuite un testateur qui entend faire respecter par le même moyen une disposition adressée à une personne déclarée par la loi incapable de recevoir, — ou une disposition nulle pour vice de forme — ou captée.

Nul doute que dans toutes les hypothèses que je viens d'énumérer rapidement la restriction que la condition tend à apporter à un droit purement pécuniaire ne soit contraire à l'ordre public. Cela est évident en ce qui concerne les conditions qui portent atteinte à la réserve : Personne ne peut, par une disposition directe, enlever à une autre les biens qui composent sa réserve ; or cette règle n'a d'autre sanction que l'action en réduction organisée par les articles 920 et suivants ; elle pourrait donc être impunément transgressée si le disposant pouvait restreindre le libre exercice de cette action par le jeu de la condition. Il serait contradictoire que la loi qui défend au disposant de porter une atteinte *directe* à la réserve de son héritier lui permit d'y porter une atteinte *indirecte* aussi grave par l'effet d'une clause pénale. La nullité dont elle est frappée tient donc à ce que le droit pécuniaire que l'on veut nous enlever sert à sanctionner une prescription d'ordre public.

Il en est de même dans les autres hypothèses que j'ai examinées. Les substitutions sont frappées par la loi ; celle-ci doit donc maintenir entière la liberté qu'a tout intéressé d'attaquer un testament ou une donation entre-vifs qui en est entaché, car la prohibition de la

loi *n'a d'autre sanction* que cette action en nullité qu'elle confère aux intéressés.

C'est encore l'action en nullité *seule* qui sanctionne les prescriptions d'ordre public auxquelles se rapportent les trois autres exemples que j'ai cités (disposition adressée à un incapable, captée, en nulle pour vice de formes). La loi a donc toujours le même intérêt à ce que son exercice normal soit libre de toute entrave.

Cette idée de *sanction* m'amène à cette formule générale qui doit résumer tous les développements qui précèdent : *Les droits civils relatifs au patrimoine dont une condition ne peut restreindre l'exercice sont ceux qui servent à sanctionner une disposition d'ordre public que cette condition a pour but d'enfreindre.*

Cette formule générale me paraît rendre un compte exact de toutes les solutions que la jurisprudence a consacrées. Il me reste à dire quelques mots de cette jurisprudence et à comparer la formule que les arrêts ont adoptée avec celle que je viens d'établir.

Pendant longtemps, la jurisprudence s'est laissé égarer par l'idée d'*option*. Lorsqu'une condition nous sollicite de ne pas exercer un droit privé pécuniaire, elle nous confère en effet une option ; elle nous met dans l'alternative d'accomplir le fait qu'elle prévoit ou de perdre l'avantage que l'acte qu'elle affecte doit nous procurer. Or le fait prévu par ces conditions est en lui-même très licite puisqu'il consiste dans l'abandon d'un

droit dont nous pouvons disposer ; il s'en suit que la condition nous confère une option dont les deux termes sont licites. Sous l'influence de cette idée, les tribunaux ont, pendant longtemps, validé des conditions ayant certainement pour effet de restreindre l'exercice de droits destinés à sanctionner des dispositions d'ordre public. C'est ainsi que la Cour de Cassation valida, le 20 janvier 1836 (1), la condition de rester dans l'indivision pendant toute la vie d'une personne, par ce motif « que le légataire est parfaitement libre d'accepter ou de refuser son legs ».

Cette jurisprudence néfaste qui n'aboutissait à rien moins qu'à abroger partiellement les articles 900 et 1172 est aujourd'hui définitivement abandonnée par les tribunaux qui ont reconnu que l'option n'est en réalité « qu'une contrainte mise à la volonté de l'héritier (2) ». Mais les arrêts se servent, pour caractériser les conditions qui nous occupent d'une formule qui, si elle est exacte au fond, est trop vague et trop compréhensible dans la forme : « Une condition est illicite, disent-ils lorsque le droit dont elle tend à restreindre l'exercice nous a été conféré *dans l'intérêt public*. »

Le moindre reproche que l'on puisse adresser à cette formule est de s'appliquer indistinctement à toutes les conditions qui tendent à restreindre l'exercice d'un

(1) DALLOZ, 1836, I, 42.

(2) Paris, 23 décembre 1874 ; DALLOZ, 1876, II, 83.

droit. Mais il y a plus : elle ne fait pas ressortir, à mon sens, l'idée principale qu'il est important de dégager, à savoir que les conditions qui restreignent l'exercice d'un droit privé pécuniaire sont illicites lorsque ce droit nous apparaît comme *la seule sanction* d'une prescription essentielle. Sous le bénéfice de cette observation, je me plais à reconnaître que les arrêts ont aujourd'hui bien dégagé les principes relatifs aux conditions qui tendent à nous enlever un droit privé pécuniaire. Les critiques assez vives dont leur formule a été l'objet me paraissent donc assez mal fondées et doivent, à mon avis, être restreintes aux termes quelque peu vagues de cette formule.

Parmi les autres formules que l'on a proposées, il en est une dont je dirai deux mots : celle de M. Martin. Bien que l'éminent auteur ait dégagé avec toute la clarté possible le caractère des conditions qui tendent à provoquer l'abdication d'un droit privé, je n'ai pas cru devoir adopter la formule qu'il propose, parce qu'elle me paraît sujette à la critique que j'ai adressée à celle de la jurisprudence : « Les droits pécuniaires » qu'une condition ne peut nous enlever, dit-il, se » distinguent par ce trait qu'on peut y voir une » *garantie légale* contre l'abus que fait l'auteur de la » condition du pouvoir de contracter ou de disposer. »

Je reproche à cette formule, comme à la précédente, de ne pas dégager l'idée de *sanction* qui caractérise la mienne. La condition est illicite parce qu'elle supprime

la sanction légale d'une disposition d'ordre public, voilà ce qu'il est important de noter.

Avant de clore cette section consacrée exclusivement aux conditions qui tendent à restreindre l'exercice d'un droit, je ferai une observation importante : On se rappelle que j'ai étudié successivement les conditions relatives aux droits politiques, aux droits publics et aux droits civils, et que je suis arrivé à ces différentes conclusions que l'exercice d'un droit politique, — public, — ou civil relatif à la personne, ne peut être restreint par l'effet d'une condition. Or ces divers droits présentent tous ce caractère commun qu'ils sont *inappréciables en argent*, de sorte que je puis fonder en une seule les trois formules qui les concernent, et dire que *toute condition ayant pour but de restreindre l'exercice d'un droit inappréciable en argent est en principe illicite*. Quant à nos droits pécuniaires, à ceux qui sont *appréciables en argent*, ceux-là seuls peuvent être restreints dans leur exercice, *qui ne servent pas à sanctionner une disposition d'ordre public que la condition aurait pour but d'enfreindre*.

Je résume ainsi dans deux formules précises toute la théorie des conditions illicites de la première catégorie, et je puis maintenant aborder l'étude plus facile des conditions de la deuxième catégorie, de celles qui tendent à provoquer l'accomplissement d'un fait illicite.

SECTION III

Des conditions qui tendent à provoquer un fait illicite

Le caractère illicite de ces conditions saute aux yeux. Lorsque la loi punit ou prohibe un fait, elle ne peut permettre que les particuliers amènent directement l'accomplissement de ce fait par l'effet d'une condition.

Je rappelle en passant que la condition, pour être illicite, doit avoir pour but de *déterminer* le fait illicite qu'elle prévoit. Si elle s'y *réfère* sans le provoquer, si en un mot elle est purement casuelle, l'intention qui l'a dictée est parfaitement licite, et la soustrait à l'application des articles 900 et 1172(1).

L'exemple le plus simple de condition qui tend à provoquer un fait illicite est le suivant : « Je vous promets cent si vous commettez un délit. » Nul doute que les articles 900 et 1172 ne reçoivent ici leur application. La pratique ne nous offre aucun exemple de cette hypothèse fort simple. L'on peut cependant concevoir des espèces absolument pratiques, où le fait illicite dont il s'agit, s'il ne tombe pas sous le coup de la loi pénale, n'en constitue pas moins un délit. Ainsi l'article 792 du Code civil prévoit le cas où un héritier a

(1) Comp. *suprà*, p. 158.

diverti ou recélé les effets d'une succession : il est de toute évidence que la condition qui prétendrait imposer ce divertissement ou ce recel serait illicite puisque ces faits sont formellement réprouvés par la loi.

Ces principes sont évidents et n'ont pas besoin d'être élucidés davantage. Je dois seulement, afin de prévenir une confusion possible, m'efforcer de dégager les caractères véritables d'une clause que l'on pourrait être tenté de ranger dans la catégorie des conditions qui tendent à provoquer un fait illicite, bien qu'il soit certain, à mon sens, qu'elle n'a rien de commun avec cette dernière classe de conditions.

On devine que je veux parler de la condition que l'article 791 prohibe, et qui a pour but de nous déterminer à disposer d'une succession non ouverte. L'on peut être tenté d'y voir une condition qui tend à provoquer un fait illicite en raisonnant ainsi : L'article 791 défend de renoncer à la succession d'un homme vivant, la condition qui nous invite à le faire nous pousse donc à accomplir un fait prohibé par la loi, et appartient bien à la seconde catégorie des conditions illicites. Cette considération, qui paraît concluante au premier abord, m'a amené pendant longtemps à classer ainsi la condition qui nous occupe. Mais un examen plus approfondi ne tarde pas à démontrer qu'il s'agit ici, non d'une condition illicite, mais bien d'une condition *juridiquement impossible*.

Quelle est en effet la sanction de l'article 791, sinon

la nullité radicale de l'acte qui implique disposition d'une succession non ouverte? Il s'en suit que le but du disposant, qui a cherché à provoquer une disposition valable, ne peut jamais être atteint, ou, en d'autres termes, que la condition qu'il impose trouve dans la loi positive un obstacle perpétuel et absolu à son accomplissement, ce qui est le propre des conditions juridiquement impossibles.

Ce caractère d'impossibilité permet de distinguer facilement la clause que j'étudie des autres conditions destinées à nous amener à disposer de la succession d'un homme vivant. Celles-là rentrent bien dans la catégorie des conditions illicites, mais n'appartiennent pas non plus à la classe de conditions qui tendent à provoquer un fait illicite. Il s'agit en effet des conditions qui prétendent amener ceux à qui elles sont imposées à disposer *de leur propre succession* au profit d'une personne déterminée; or il est de toute évidence que ces conditions rentrent dans la catégorie de celles qui tendent à restreindre l'exercice d'un droit privé pécuniaire. Cela ne peut faire l'objet d'un doute si l'on songe que leur caractère illicite tient à ce qu'elles portent une atteinte sérieuse au droit que la loi confère à toute personne capable de disposer librement de ses biens, et que ce droit sert d'autre part à sanctionner le principe de la libre circulation des richesses (1).

Il résulte de ces observations qu'il faut, au point de

(1) Comp. *suprà*, p. 239 et suiv.

vue de la théorie, distinguer parmi les conditions qui impliquent disposition d'une succession non ouverte, celles qui se rapportent à la succession de la personne même à qui s'adresse la condition, et celles qui se rapportent à la succession d'un tiers. Celles-ci sont juridiquement impossibles, tandis que celles-là sont simplement illicites. — En tout cas, aucune d'elles ne doit être rangée dans la catégorie des conditions qui tendent à provoquer un fait illicite.

Je terminerai par une observation qui a sa valeur : Il arrive parfois qu'une condition tend à nous déterminer à disposer de la succession d'un tiers *quand elle s'ouvrira*. Ici, j'estime que nous ne sommes plus en présence d'une condition illicite, et que la volonté du disposant doit être absolument respectée. En effet, le droit que la loi nous confère de renoncer à une succession ouverte, ou de l'accepter, ne sanctionne aucun principe d'ordre public, et peut par suite être restreint sans danger dans son exercice (1). D'autre part, on ne peut songer à voir un fait illicite dans l'action que cette condition impose, puisqu'il s'agit d'une succession *ouverte*. Les arrêts qui ont annulé la clause dont je m'occupe me paraissent donc avoir étendu en dehors de ses limites exactes le principe de la prohibition des pactes sur succession future (2).

(1) Comp. *suprà*, p. 239 et suiv.

(2) Rodez, 16 fév. 1869, SIREY, 1869, II, 303. — Montpellier, 2 déc., 1869; SIREY, 1870, II, 171.

CHAPITRE III

DES CONDITIONS CONTRAIRES AUX MŒURS

Comme je l'ai fait observer en droit romain (1), les conditions contraires aux mœurs présentent une grande analogie avec les conditions illicites de la seconde catégorie. Il y a seulement entre elles cette différence secondaire que les premières tendent à provoquer un fait contraire aux mœurs tandis que les secondes tendent à provoquer un fait contraire à la loi. Il s'ensuit que les conditions immorales présentent, avec les conditions illicites de la première catégorie, cette différence fondamentale qu'elles ne peuvent pas avoir eu comme elles pour mobile une intention louable. Ce point, que j'ai longuement développé en droit romain, mérite de fixer encore un instant notre attention. Les conditions illicites qui tendent à restreindre l'exercice d'un droit peuvent avoir été inspirées par un sentiment très respectable. Qui oserait critiquer, par exemple, la conduite d'un père de famille qui fait une libéralité précipitaire à

(1) *Suprà*, p. 18.

l'un de ses enfants en lui imposant le célibat parce qu'il sait pertinemment que l'état de faiblesse d'esprit du gratifié, ou sa santé physique, le rendent impropre au mariage? Le *but final* que poursuit l'auteur de la condition ne doit donc pas être pris en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier la condition. Il suffit, pour qu'elle soit illicite que son *but immédiat* ait été de restreindre l'exercice d'un droit essentiel.

Bien différentes sont les conditions qui tendent à provoquer un fait illicite ou contraire aux mœurs. L'on ne peut concevoir l'hypothèse où l'auteur d'une condition semblable poursuivrait un but moral, puisque le fait qu'il cherche à provoquer est directement contraire aux prescriptions de la loi ou de la morale ; de sorte que je suis ainsi amené à bien séparer les conditions illicites qui restreignent l'exercice d'un droit des conditions qui tendent à provoquer un fait illicite et des conditions immorales.

Cette observation semble au premier abord dénuée d'intérêt pratique. Elle est importante à noter cependant, car elle me servira à réfuter la théorie paradoxale que j'ai déjà examinée en droit romain (1) et qui valide invariablement toute condition *conforme aux mœurs*, dut-elle, dans l'intention de son auteur, restreindre l'exercice d'un droit d'ordre public.

Cette théorie, toute personnelle à M. Martin, et qui

(1) *Suprà*, p. 19.

n'a jamais été vraie à Rome, me paraît devoir être également rejetée sous l'empire du Code civil.

Reprenons-la rapidement, et voyons sur quels principes on l'étaie :

M. Martin se réfère exclusivement, pour démontrer l'exactitude de sa conception, aux conditions relatives au mariage. L'exemple sur lequel il raisonne est celui où une condition nous impose de contracter mariage avec une personne déterminée, « quand le disposant a un intérêt moral sérieux et légitime à la voir épouser par celui qu'il gratifie (1) ». Cette condition, ajoute l'éminent auteur, est certainement valable et cependant « elle porte une atteinte certaine à la liberté du mariage chez celui à qui elle s'adresse ».

Je réponds tout d'abord à cette objection, qu'il est très contestable que la condition d'épouser une personne déterminée soit licite (2). Mais en admettant même qu'elle le fût, cela ne tiendrait certes pas à son caractère moral. Il ne faut pas oublier en effet que toute condition qui tend à nous détourner du célibat est en principe licite, bien qu'elle porte atteinte à la liberté du mariage (3). Laissons donc de côté l'exemple choisi par M. Martin et examinons la théorie qu'il a construite à la lumière d'exemples plus concluants.

Je rappellerai tout d'abord ce que j'ai dit au sujet

(1) *Op. cit.*, p. 243.

(2) *Comp. supra* p. 222 et suiv.

(3) *Supra*, p. 216 et suiv.

de la condition qui aurait pour but d'imposer le célibat à une personne malade ou faible d'esprit. Nul doute qu'une pareille condition ne soit conforme aux mœurs. En conclura-t-on qu'elle doive être validée? Assurément non. Rien au monde ne peut, même dans notre intérêt, restreindre le droit que nous avons de contracter mariage. Mais quittons cette matière toute spéciale du mariage qui est régie par des règles exceptionnelles et prenons des exemples plus frappants.

Pour rendre ma réfutation plus sensible, j'emprunterai tout d'abord un exemple de condition illicite à M. Martin lui-même. Il s'agit de la défense d'aliéner imposée à une personne dans son propre intérêt. Pour moi cette condition est licite; pour M. Martin elle ne l'est pas. Je mets de côté la controverse qui nous divise et j'admets un instant, avec mon éminent adversaire, qu'elle tombe sous le coup des articles 900 et 1172. N'est-il pas évident que l'intention finale de son auteur est en conformité parfaite avec la morale? N'est-ce pas un but essentiellement louable que d'essayer d'assurer l'avenir de la personne que l'on gratifie en soustrayant les objets donnés aux dangers d'une aliénation irréfléchie? M. Martin déclare néanmoins qu'il frappe cette condition « sans hésiter ni distinguer (1) ». Et cependant si la théorie dont il est l'auteur, est l'expression de la vérité, le vice qui infecte la condition est bien dans notre hypothèse « compensé par une certaine

(1) *Op. cit.*, p. 180.

qualité qui est de répondre à des intérêts moraux (1) ». Je ne me charge pas pour ma part de concilier ces deux décisions contraires que nous rencontrons dans l'œuvre de M. Martin.

Je pourrais multiplier ces exemples à l'infini, car dans presque tous les cas où un acte est affecté d'une condition illicite qui restreint l'exercice d'un droit, il est aisé de supposer telles circonstances de fait qui justifieront aux yeux de la morale, l'intention de l'auteur de la condition. Que l'on me permette seulement d'ajouter un dernier exemple à la démonstration que j'ai entreprise : on se souvient que la condition d'habiter un lieu déterminé est en principe illicite (2) parce qu'elle restreint la liberté individuelle. N'est-il pas évident cependant qu'une intention très louable peut avoir animé l'auteur de la condition qui a voulu, par exemple, déterminer le gratifié à fournir des soins à une personne âgée qui en avait besoin ?

En voilà assez pour notre conclusion ; ces exemples nombreux démontrent péremptoirement que les articles 900 et 1172, s'appliquent sans contestation possible aux conditions qui restreignent l'exercice d'un droit d'ordre public, fussent-elles en conformité parfaite avec les règles de la morale.

Je ne puis abandonner l'étude de la théorie de M. Martin, sans faire une observation importante qu'elle me

(1) *Op. cit.*, p. 244.

(2) *Suprà*, p. 204 et suiv.

suggère. Le savant auteur pense que la loi valide ainsi les conditions conformes aux mœurs « parce qu'elle a intérêt au maintien des actes qui contiennent des conditions de ce genre (1) ». Je crois aussi que lorsqu'une condition est utile à l'existence et au développement de la société, elle doit échapper à la nullité; c'est même ce qui a lieu pour les conditions qui nous détournent du célibat. Si la loi les valide, bien qu'elles soient restrictives d'un droit essentiel, c'est que l'ordre social trouve dans ces conditions un avantage qui vient *compenser* largement les inconvénients qu'elles peuvent avoir. Mais remarquons que ce n'est pas le caractère *moral* de ces conditions qui vient purger le vice dont elles étaient infectées, mais leur caractère *d'utilité sociale*, ce qui est bien différent.

Il me reste à examiner ce qu'il faut entendre par cette expression de *mœurs*. Pour moi, la condition contraire aux mœurs est celle qui tend à provoquer un fait que la morale réprouve, et que la loi civile ne défend pas. Je crois qu'il est impossible de donner une autre définition de cette expression vague et indéfinie de « mœurs ».

Observons en passant que ma définition donne à la catégorie des conditions illicites toute l'étendue possible. Cette manière de voir n'a plus besoin d'être justifiée ici, car j'ai eu occasion de démontrer au cours de ce travail, les inconvénients qu'il peut y avoir à

(1) *Op. cit.*, p. 245.

ranger dans la catégorie des conditions contraires aux mœurs, certaines conditions qui, comme celles qui ont trait au mariage, sont certainement illicites (1).

Les recueils de jurisprudence contiennent quelques exemples de conditions illicites qui sont en même temps immorales ; mais je n'ai trouvé aucune décision judiciaire relative à une condition qui tout en blessant les règles de la morale, n'est pas en contradiction avec une disposition de la loi positive. Il est aisé cependant d'en imaginer de semblables : telle serait la condition de ne pas assister un ami malheureux, ou de ne jamais faire aucun don aux indigents. Nul doute que de pareilles clauses ne tombent sous l'application de nos articles.

(1) *Suprà*, p. 220.

APPENDICE

Critique du système du Code civil au point de vue législatif

La plupart des auteurs s'accordent à demander l'abrogation, au moins partielle, de l'article 900. Le système qu'il consacre, a en effet l'immense inconvénient d'aller à l'encontre de la volonté du disposant, qui, le plus souvent, n'a voulu se dépouiller que *si* la condition s'exécute. Mais on est loin de s'entendre sur le système qu'il convient de substituer à celui que le Code civil a consacré, et dont quatre-vingts ans de pratique, ont fait sentir les inconvénients. J'essaierai, pour ma part de rechercher dans quelle mesure l'on doit laisser à la Société l'arme que le droit intermédiaire et le Code civil avaient cru nécessaire de lui donner, sans me dissimuler les difficultés d'une pareille tâche. Il me serait impossible de clore ce travail, sans prendre parti dans ce nouveau débat.

Il faut, tout d'abord, bien mettre en lumière le principe qui doit nous guider dans notre étude :

Tout acte illicite ou immoral, constitue un danger pour le corps social ; une législation bien comprise doit donc ôter aux citoyens tout intérêt à les commettre. Tel est le but et la raison d'être de l'article 900. Il s'en suit que toutes les fois que le système consacré par ce texte ne répondra pas à cet intérêt de conservation sociale, la volonté des particuliers devra être respectée dans la mesure du possible.

J'écarte ainsi, sans hésitation aucune, toute idée de *peine*. En infligeant aux particuliers coupables d'avoir poursuivi un but illicite, une sorte d'expropriation à titre de châtiment, l'on applique une peine identique à des fautes absolument différentes, sans tenir compte de la gravité de ces fautes, ce qui est inadmissible.

Reste à déterminer les cas où le maintien d'un acte entaché d'une condition illicite constitue le *seul* moyen efficace d'empêcher en fait, l'accomplissement de cette condition.

L'on se souvient que le système de la nullité appliqué aux actes de disposition présente de graves inconvénients. Par l'exercice de l'action en nullité, le disposant peut arriver en fait à l'exécution de la condition illicite en menaçant le gratifié de le priver de l'objet de la libéralité s'il ne se conforme pas à son intention illicite.

J'en conclus que l'article 900, ne devra être abrogé

que dans les hypothèses où ce danger ne sera pas à craindre, hypothèses qu'il me sera facile de déterminer dans les développements qui vont suivre.

Je l'écarte tout d'abord lorsqu'il s'agit d'une *libéralité testamentaire*. Ici le danger que je viens de signaler n'est pas à redouter. Le testateur qui attachait peut-être une importance capitale à l'accomplissement de la condition n'est plus là, pour contraindre le légataire à se conformer à sa volonté. Quant aux héritiers *ab intestat*, il est peu probable qu'ils tentent par la voie de l'action en nullité d'obtenir le résultat que poursuivait le *de cujus*. Le mobile qui animait celui-ci et qui l'a poussé à gratifier le légataire sous la condition d'accomplir un fait illicite, est contre-balancé chez eux par l'intérêt considérable qu'ils ont à faire prononcer la nullité du legs. En un mot, le système de la nullité qui n'est dangereux que lorsque le disposant attache plus de prix à la condition qu'aux biens donnés, ne présente dans l'espèce aucun danger sérieux, parce que, s'il est possible que le testateur eut renoncé aux biens légués plutôt que de voir la condition défaillir, il est au contraire probable que l'intérêt matériel que les héritiers trouvent à la révocation du legs l'emportera chez eux au désir de voir s'accomplir une condition dont ils ne sont pas les auteurs, et qui peut-être ne présente pour eux qu'un intérêt moral insignifiant (1.)

(1) Il est bon de noter que le testateur accorde vraisemblablement une valeur moindre à la condition qu'aux biens légués puis-

Je ne me dissimule pas que cette décision peut, dans certaines hypothèses spéciales, présenter un danger sérieux, si les héritiers tiennent à ce que les dernières volontés du défunt s'accomplissent; mais cette considération ne doit pas nous arrêter. Le système de l'article 900 est trop radical pour qu'il soit question de l'appliquer en dehors du cas de nécessité absolue; or je crois fermement que le danger que je viens de signaler est trop minime pour justifier son maintien dans notre hypothèse. Je propose donc, sans aucune hésitation, d'abroger purement et simplement l'article 900 en matière de libéralités testamentaires et de lui substituer le principe posé dans l'article 1172.

Cette innovation aurait une grande portée, car il ne faut pas oublier que l'acte de dernière volonté ne peut jamais, contrairement à la donation, être transformé en un acte à titre onéreux dont la condition illicite serait la cause. L'abrogation de l'article 900 en matière de testament, s'impose ainsi d'autant plus que son domaine d'application est plus étendu et

qu'il ne s'est pas dépouillé de ces biens *de son vivant*. S'il avait attaché à l'accomplissement de cette condition une importance considérable, il aurait fait à celui à qui elle est imposée une libéralité *par acte entre-vifs*. J'en conclus que, pour que les héritiers soient portés à rechercher l'accomplissement de la condition, il faudrait que cette condition ait à leurs yeux une importance plus grande qu'aux yeux du *de cujus*, ce qui est tout à fait improbable.

aboutit par suite à des injustices plus fréquentes (1)!

Bien que la réforme que je propose en matière de testament soit pleinement justifiée par toutes les considérations que je viens de faire valoir, je dois, pour être complet, démontrer que le principe de l'article 1172 doit être également appliqué lorsque le testateur a fortifié ses dispositions par une clause pénale.

La clause pénale, on ne l'a pas oublié, n'est autre chose qu'une destination ultérieure de la libéralité pour le cas où le gratifié n'accomplirait pas la condition? Elle contient donc, une substitution vulgaire conditionnelle. Eh bien, supposons pour un instant qu'il ne s'agit point d'une condition illicite sanctionnée par une clause pénale, mais bien d'une condition parfaitement valable, et que le disposant ait substitué un tiers au gratifié pour le cas où la condition viendrait à défaillir. Si la condition ne se réalise pas, nul doute que le substitué ne vienne recueillir l'objet légué; telle était en effet l'intention du testateur. Or je dis, que si l'on veut se conformer à l'intention de l'auteur de la condition illicite, il faut traiter celle-ci comme une condition licite défaillie, car l'article 1172 n'a d'autre effet, cela est de toute évidence, que de placer les parties dans la situation qui leur serait faite si la condition venait à défaillir.

Il résulte de ces prémisses qu'une clause pénale qui

(1) Comp. *suprà*, p. 158 et suiv.

(2) Comp. *suprà*, p. 207.

sanctionne une condition illicite doit avoir pour effet d'annuler la disposition principale et d'en transmettre le bénéfice au substitué vulgaire. Telle est la solution qui s'impose si l'on veut respecter la volonté du testateur.

Un exemple le fera sentir :

Un testateur qui n'a pas d'héritiers réservataires institue un légataire universel et le grève d'un legs au profit d'un tiers. Ce legs, je le suppose, est entaché de substitution, et le testateur, pour en assurer l'exécution, déclare que si son légataire universel en poursuit la nullité, il entend que tous ses biens passent à une troisième personne qu'il désigne. Supposons maintenant que le legs particulier, au lieu d'être entaché de substitution, soit subordonné à une condition parfaitement licite, et que le testateur ait déclaré que, dans le cas où cette condition viendrait à défaillir, il entend que tous ses biens soient transmis à une personne qu'il substitue au légataire universel. Il est certain que la défaillance de la condition aura pour effet d'appeler le substitué à recueillir tous les biens du défunt. Eh bien, je dis que l'annulation de la clause pénale illicite doit être absolument assimilée au cas où une condition licite viendrait à défaillir, car le testateur a manifesté de la façon la plus claire que dans le cas où la condition qu'il a imposée ne recevrait passon exécution, pour quelque cause que ce soit, sa volonté est que le substitué vienne recueillir le bénéfice de la libéralité à l'exclusion de tous autres.

J'ai ainsi démontré que l'application à l'hypothèse qui nous occupe du système de la nullité est en conformité parfaite avec l'intention du disposant. La justification de la réforme que je propose sera complète lorsque j'aurai démontré qu'elle ne risque pas d'amener en fait l'accomplissement de la condition illicite.

Pour que l'attribution au substitué des biens légués sous une clause pénale présentât quelque danger, il faudrait, ce qu'il est bien difficile d'admettre, que ce substitué préférât voir la condition s'accomplir plutôt que de recueillir les biens qui lui sont offerts. En effet, l'exercice de l'action en nullité qui lui appartient constitue le seul danger que l'on puisse redouter ; or je crois que l'on peut affirmer sans témérité que, dans l'immense majorité des cas, le substitué se prévaudra d'une nullité qui lui procure un avantage matériel considérable alors même que l'institué à qui s'adresse la clause pénale offrirait de se conformer à l'intention illicite du disposant.

La conclusion s'impose : le principe de la nullité donne satisfaction à l'intention du testateur sans présenter d'autre part aucun danger pour la société, nul doute qu'il ne doive être appelé en conséquence à supplanter dans l'espèce le système draconien et inique de l'article 900.

Le système du code civil se trouve désormais restreint aux libéralités entre vifs. J'estime que même sur ce terrain l'article 900 doit encore subir une abrogation par-

tielle, et qu'il ne devra subsister que dans les cas où l'action en nullité serait de nature à amener l'accomplissement de la condition que la loi veut trapper.

Il résulte de cette observation que toutes les conditions impossibles, physiquement ou juridiquement, doivent avoir pour effet d'annuler les donations comme les libéralités testamentaires, car il est certain qu'elles ne s'accompliront jamais. Cette réforme ne rencontrerait pas je crois d'opposition en ce qui concerne les conditions physiquement impossibles. Quant aux conditions juridiquement impossibles, il en est quelques unes au sujet desquelles des auteurs considérables se sont prononcés formellement pour le maintien de l'article 900. Il s'agit de la condition imposée à une commune d'entretenir une école d'un caractère confessionnel, et de la condition que l'administration d'un bien donné à un bureau de bienfaisance appartiendra à un tiers (1).

Il m'est impossible de me ranger à cet avis. J'estime que l'article 900 ne doit subsister que lorsque la nullité légale de la condition est susceptible de se transformer en une validité de fait par le jeu de l'action en nullité. Or ici l'inaccomplissement de la condition étant certain, on ne peut proposer le maintien de la législation existante qu'en invoquant l'idée de peine

(1) BARTIN, *op. cit.*, p. 347.

qui, je l'ai démontré, doit être absolument écartée du débat.

Telle est cependant l'opinion de M. Laurent qui n'hésite pas à affirmer que la loi en brisant ainsi la volonté du disposant, lui inflige une peine « et qu'il n'y en a pas de plus légitime » (1).

J'avoue que j'éprouve au contraire des scrupules sérieux sur la légitimité de cette peine. Le système de l'article 900 n'aboutit à rien moins, en somme, qu'à dépouiller une personne contre sa volonté; c'est une véritable confiscation qu'il prononce; et l'on voudrait le maintenir lorsque la libéralité ne présente aucun danger pour la société! Ce serait infliger un châtement hors de proportion avec la faute; ce serait, comme le dit énergiquement M. Labbé, punir d'expropriation un dissentiment politique et ériger en délit le regret du passé (2). Ce système brutal s'il était de mise au plus fort de la lutte entre l'ancien et le nouveau régime est inadmissible aujourd'hui, et c'est avec la plus entière quiétude que je me prononce pour son rejet.

M. Martin a cru devoir se rallier à l'opinion de M. Laurent tout en ne paraissant pas s'appuyer sur l'idée de peine qu'invoque celui-ci. Le savant auteur ne voit dans le maintien de l'article 900 en notre ma-

(1) Avant-projet de révision du Code civil, art. 774.

(2) Comp., *suprà*, p. 116 et suiv.

tière qu'un *moyen de défense* qu'il serait dangereux d'enlever au législateur :

« Sur ce terrain, dit-il, j'ai le regret de constater
» que la lutte dure encore entre les idées modernes et
» les représentants du passé, qui chercheraient à en
» étouffer l'éclosion par l'exercice calculé du droit de
» disposition si la loi elle-même n'y mettait bon ordre,
» non seulement en rendant impossible l'exécution de
» la condition, mais encore en maintenant la libé-
» ralité..... (1). »

Je n'aperçois, pour ma part, en aucune façon la nécessité de donner cette arme au législateur puisqu'il s'agit d'une condition qui ne peut absolument pas s'accomplir. J'admets très volontiers que la lutte soit encore vive sur le terrain où nous nous trouvons en ce moment, mais le législateur trouve dans l'impossibilité même de la condition un moyen parfaitement efficace pour se défendre contre ses agresseurs. En somme le système rigoureux que je combats se trouve toujours réduit à l'idée de peine, et sur ce terrain la réfutation n'en est plus à faire.

L'abrogation de l'article 900 s'impose encore lorsque la condition tend à provoquer un délit, au sens pénal du mot. Dans cette hypothèse, je pense avec M. Bartin (2) que la sanction de la loi pénale doit suffire à

(1) *Op. cit.*, p. 347.

(2) *Op. cit.*, p. 345.

détourner le gratifié de l'accomplissement du fait qu'on lui impose, ce qui rend le système de la nullité presque toujours inoffensif.

Je suis obligé cependant de reconnaître qu'une libéralité considérable pourra parfois l'emporter dans l'esprit du gratifié sur la crainte de la peine, surtout si elle est légère, de sorte que les dangers que nous connaissons reparaissent. Je n'en maintiens pas moins formellement mon sentiment, car le plus souvent la sanction pénale suffira pour retenir le donataire.

Je ne puis m'empêcher de faire observer à ce sujet l'inconséquence de M. Bartin qui rejette le système de l'article 900 dans notre hypothèse où il peut avoir une utilité réelle et qui l'admet au contraire dans l'hypothèse précédente où l'inaccomplissement de la condition est certain.

Quant aux auteurs qui proposent de punir le disposant en le dépouillant de l'objet de la libéralité, ils doivent, pour être conséquents avec eux-mêmes, réclamer ici le maintien de l'article 900, car il est impossible de méconnaître la gravité de la faute du disposant qui cherche à provoquer un délit par le jeu de la condition.

Je crois avoir ainsi donné au principe posé dans l'article 1172 toute l'extension possible en matière d'actes à titre gratuit. En dehors des cas que je viens de signaler, je crois fermement que l'abrogation de l'article 900 présenterait des dangers qu'il faut absolument

conjurer. Je me prononce donc sans aucune hésitation pour le maintien du principe qu'il contient chaque fois qu'il s'agit d'une condition illicite de la première catégorie, ou d'une condition qui tend à provoquer un fait illicite non réprimé par la loi pénale, ou enfin d'une condition contraire aux mœurs, insérées dans une donation entre vifs. Dans tous les autres cas, le principe de la nullité me paraît aussi exact au point de vue législatif qu'au point de vue philosophique.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I

La condition d'épouser une personne déterminée n'est pas contraire à la loi.

II

Les règles relatives à l'effet des conditions impossibles, illicites ou immorales, constituent des présomptions qui admettent la preuve contraire.

III

Les conditions impossibles, illicites ou immorales, qui affectent une donation *mortis causa*, ont pour effet de l'annuler et ne sont pas seulement réputées non écrites.

IV

La condition de résider en un lieu déterminé n'est licite que lorsqu'elle est imposée par un testateur aux esclaves affranchis par son testament, et qu'elle les oblige à demeurer près de son tombeau pour honorer sa mémoire.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

I

Le créancier évincé de la chose donnée en payement peut agir par son ancienne action et par l'action *utilis ex empto*, et il peut les cumuler jusqu'à concurrence de la plus forte des condamnations qu'elles peuvent produire.

II

La présomption *pater is est quem nuptiæ demonstrant* est applicable aux enfants nés du concubinat.

III

Le droit prétorien a été un droit coutumier jusqu'à la rédaction officielle de l'*Edictum perpetuum* sous Hadrien.

IV

Tout créancier peut, à ses risques et périls, faire l'estimation de la somme qu'il prétend lui être due et agir par la *condictio certæ pecuniæ*.

DROIT CIVIL

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I

L'obligation contractée par un homme envers une femme pour la déterminer à entretenir avec lui des relations coupables n'a pas une cause illicite, mais constitue un acte à titre gratuit sous condition illicite auquel s'applique l'article 900.

II

L'article 900 ne s'applique pas lorsque l'insertion de la condition impossible ou illicite a pour cause une erreur du disposant qui croyait cette condition possible et licite. Dans ce cas la condition a pour effet d'annuler l'acte à titre gratuit comme l'acte à titre onéreux.

III

Les dispositions faites en faveur de certaines communes antérieurement à la loi du 30 octobre 1886, à la charge par elles d'entretenir des écoles d'un caractère confessionnel, se trouvent résolues en principe par la promulgation de cette loi.

IV

La condition de ne pas se marier est toujours illicite.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

I

Pour que l'action en désaveu de paternité réussisse, il n'est pas nécessaire que l'adultère de la mère soit l'objet d'une preuve distincte et spéciale; il suffit que la non paternité du mari soit établie.

II

Lorsqu'un époux a reconnu pendant le mariage un enfant naturel qu'il a eu avant le mariage d'un autre que son époux, l'article 337 du Code civil ne s'oppose pas à ce que cet enfant réclame un legs à lui fait par l'auteur de la reconnaissance.

III

L'article 555 du Code civil est applicable à l'usufruitier.

IV

Lorsqu'un animal sauvage, devenu la propriété d'un particulier par occupation, parvient à recouvrer sa liberté naturelle, il ne redevient par *res nullius* s'il porte une marque distinctive qui permet de le reconnaître.

PROCÉDURE CIVILE

I

L'étranger défendeur ne peut pas exiger la caution *judicatum solvi* d'un demandeur étranger.

II

Le jugement de divorce non transcrit sur les registres de l'état civil dans le délai de deux mois est nul, lors même qu'il est établi que le défaut de transcription a eu pour cause une omission involontaire ou des circonstances de force majeure.

DROIT CRIMINEL

I

Le délit de filouterie d'aliments, prévu par le paragraphe additionnel ajouté à l'article 401 du Code pénal n'est pas de nature à compter pour la relégation.

II

On peut, dans le compte des sept condamnations exigées par le paragraphe 4 de l'article 4 de la loi du 27 juillet 1885 pour entraîner la relégation, remplacer l'une des condamnations à plus de trois mois d'emprisonnement pour vagabondage ou infraction à l'interdiction de résidence par une des condamnations pour vol ou autre délit prévues aux paragraphes 2 et 3 du même article.

Vu par le doyen, président de la thèse,
E. COLMET DE SANTERRE

VU et permis d'imprimer :
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Pages
INTRODUCTION	I
CHAPITRE PREMIER. — Des conditions impossibles . .	1
SECTION PREMIÈRE. — Des conditions physiquement impossibles	2
SECTION II. — De l'impossibilité juridique	8
CHAPITRE II. — Des conditions illicites	12
CHAPITRE III. — Des conditions contraires aux mœurs.	17

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — Etudes des divers systèmes proposés pour expliquer la théorie romaine.	23
CHAPITRE II. — De la similitude d'effets, des conditions impossibles, ou illicites, ou immorales.	51
CHAPITRE III. — Des cas où les conditions impossibles, illicites ou immorales annulent les actes juridiques et des cas où elles sont réputées non écrites.	62

TROISIÈME PARTIE

EXAMEN DE QUELQUES ESPÈCES PARTICULIÈRES	
CHAPITRE PREMIER. — Des conditions relatives au mariage et au divorce	70

	Pages
CHAPITRE II. — Des conditions relatives à la liberté naturelle.	74
CHAPITRE III. — De la condition de ne pas aliéner. . .	78
CHAPITRE IV. — De la dispense de rendre compte. . .	81
CHAPITRE V. — De la condition <i>jurisjurandi</i>	85

APPENDICE

DES CONDITIONS RÉSOLUTOIRES IMPOSSIBLES, ILLICITES OU IMMORALES

I. — Actes entre-vifs	91
II, — Actes de dernière volonté.	95

. DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION. — Exposé et justification du plan. . . .	99
--	----

. PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE GÉNÉRALE DE L'EFFET DES CONDITIONS IMPOSSIBLES ILLICITES, IMMORALES, OU CONTRAIRES AUX MŒURS

CHAPITRE PREMIER. — Des actes à titre gratuit . . .	103
SECTION PREMIÈRE. — Historique	104
SECTION II. — L'article 900. Ses caractères.	113
SECTION III. — Étendue de l'application de l'article 900	129
CHAPITRE II. — Des actes à titre onéreux.	164

DEUXIÈME PARTIE

DES CLAUSES QUI, EN DROIT FRANÇAIS, DOIVENT ÊTRE CONSIDÉRÉES COMME IMPOSSIBLES, ILLICITES OU IMMORALES

CHAPITRE PREMIER. — Des conditions impossibles. . . .	169
SECTION PREMIÈRE. — De l'impossibilité physique. . . .	170
SECTION II. — De l'impossibilité juridique	172

	Pages
CHAPITRE II. — Des conditions illicites.	196
SECTION PREMIÈRE. — Théorie générale et classification.	196
SECTION II. — Des conditions qui tendent à restreindre l'exercice d'un droit qui intéresse l'ordre public. .	201
SECTION III. — Des conditions qui tendent à provoquer un fait illicite.	244
CHAPITRE III. — Des conditions contraires aux mœurs.	248

APPENDICE

Critique du système du Code civil au point de vue législatif.	255
--	-----

POSITION

DROIT ROMAIN

Position prise dans la thèse.	267
Position prise hors de la thèse.	268

DROIT CIVIL

Position prise dans la thèse.	269
Position prise hors de la thèse.	270
Procédure civile	271
Droit criminel.	272

